



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

La hipoteca y su ejecución hipotecaria en derecho comparado colombiano.

Autor/es

ANGÉLICA MARÍA OSORIO OSORIO

Director/es

PEDRO V. DE PABLO CONTRERAS

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2019-20



La hipoteca y su ejecución hipotecaria en derecho comparado colombiano., de
ANGÉLICA MARÍA OSORIO OSORIO
(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

LA HIPOTECA Y SU EJECUCIÓN HIPOTECARIA

EN DERECHO COMPARADO COLOMBIANO

ANGÈLICA MARIA OSORIO OSORIO

TUTOR: PROF. DR. DE PABLO CONTRERAS, PEDRO V

LOGROÑO

CURSO ACADEMICO 2019-2020

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo de Fin de Grado en Derecho, es realizar un estudio de la figura de la hipoteca y la ejecución hipotecaria en el Derecho Comparado, tomando como referencia el ordenamiento jurídico colombiano.

Se realiza un breve recorrido por la historia del crédito hipotecario y el sistema registral, procediendo a un análisis del régimen jurídico de la constitución y ejecución hipotecaria, destacando la importancia y efectos de la inscripción registral, que se materializa en la oponibilidad *erga omnes* de ese derecho inscrito. Se expone una visión general del tratamiento que recibe la hipoteca en el derecho español, pasando a resaltar el régimen de protección que tiene en Colombia el patrimonio familiar que lo hace inembargable y la ausencia del mismo en España. Por último, se plasma la oportuna y necesaria distinción entre hipoteca y préstamo con garantía hipotecaria, y se advierte de las consecuencias que tiene para el deudor hipotecario el incumplimiento de sus obligaciones crediticias, y como dicho incumplimiento se manifiesta en la ejecución hipotecaria, exponiendo como se realiza la misma, y bajo qué circunstancias cabe.

PALABRAS CLAVE: hipoteca, préstamo con garantía hipotecaria, incumplimiento, ejecución hipotecaria.

ABSTRACT

The objective of the present work of End of Law is to carry out a study of the figure of mortgage and foreclosure in Comparative Law, taking as reference the Colombian legal order.

A brief tour of the history of mortgage credit and the registration system is made, proceeding to an analysis of the legal regime of the constitution and foreclosure, highlighting the importance and effects of the registration, which materializes in the *erga omnes* opposition of that registered right. An overview of the treatment of the mortgage in Spanish law is presented, going on to highlight the protection regime that has in Colombia the family assets that make it unpacked and the absence of it in Spain. Finally, the timely and necessary distinction between mortgage and mortgage-guaranteed loan is reflected, and the consequences for the mortgage debtor of non-compliance with their credit obligations are felt, and how such default manifests itself in foreclosure, exposing how it is done, and under what circumstances it fits.

KEY WORDS: mortgage, mortgage loan, default, foreclosure.

INDÍCE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. Derecho Comparado.....	2
2.1 La hipoteca en derecho comparado colombiano	2
2.1.1 Concepto.....	2
2.1.2 Antecedentes históricos del crédito hipotecario en Colombia	6
2.1.3 El sistema registral	10
III. Tratamiento en España.....	13
3.1 Consideraciones generales	13
3.1.1 Concepto, caracteres y función económica	13
IV. Diferencia entre hipoteca y préstamo con garantía hipotecaria.....	22
4.1 Aclaración de conceptos	22
4.2 Mitos comunes sobre las hipotecas	28
4.3 Hipoteca abierta o sin límite de cuantía	29
V. Patrimonio de familia inembargable y afectación a vivienda familiar	31
5.1 Consideraciones generales	31
5.1.1 Definiciones, finalidad y diferencias existentes entre el patrimonio de familia inembargable y la afectación a vivienda familiar en Colombia	31
5.1.2 La ausencia de protección del patrimonio familiar en España	38
VI. Constitución de la hipoteca.....	44
6.1 Requisitos.....	44
6.1.1 Escritura pública e inscripción registral	44
6.1.2 Prohibición del pacto comisorio y el ius distrahendi.....	46
VII. La ejecución hipotecaria.....	49
7.1 La acumulación de acciones del acreedor ejecutante.....	49
7.1.1 Acción personal	49
7.1.2 Acción hipotecaria.....	50
7.1.3 El proceso de ejecución hipotecaria	51
7.1.4 La dación en pago.....	57
VIII. CONCLUSIONES	63

ANEXO: TABLA DE ABREVIATURAS, NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES, BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

I. INTRODUCCIÓN

La hipoteca inmobiliaria es una institución que tiene una enorme relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano, pues hace posible que muchas personas accedan a la financiación necesaria para adquirir una vivienda en propiedad, o en el caso de préstamos con garantía hipotecaria, que dispongan de efectivo para llevar a cabo proyectos personales o lo dediquen a adquirir bienes o servicios que de otra forma no podrían obtener.

Para entender la importancia de esta figura, es imprescindible comprender el concepto de hipoteca, del cual se desprenden un conjunto de características que evidencian porque es digna de ser considerada como el derecho real por excelencia para garantizar el cumplimiento de obligaciones crediticias. Y como la inscripción registral juega un papel fundamental, resultando imprescindible para completar la constitución de la hipoteca dotándola de una oponibilidad erga omnes.

Este trabajo tiene por objeto, poner de manifiesto la gran función económica y social que cumplen las figuras de la hipoteca y del préstamo con garantía hipotecaria en el contexto del derecho colombiano, haciendo un breve recorrido por la historia del crédito hipotecario y el sistema registral, que permite entender la aplicación de la legislación nacional sobre este derecho real de garantía. Se procede a aclarar un error conceptual que tiene la gran mayoría de personas, que tienden a confundir la hipoteca con el préstamo con garantía hipotecaria, seguidamente se realiza una visión general del tratamiento de la hipoteca en el derecho español, pasando a resaltar el régimen de protección del patrimonio de familia inembargable existente en el ordenamiento jurídico de Colombia y la ausencia de protección del patrimonio familiar en España.

Se realiza un análisis de las consecuencias que tiene para la parte deudora el incumplimiento de la obligación garantizada, dirigiendo la atención sobre la facultad que tiene el acreedor en el caso de que el deudor incumpla la obligación de pagar su deuda, para acudir a la vía judicial y solicitar un proceso de ejecución hipotecaria, mediante el cual, el acreedor hipotecario con el producto obtenido de la subasta pública pueda cobrar su deuda o pueda en su defecto, solicitar que se le adjudique el inmueble.

Por último, se observa cómo se ha manejado “de forma insuficiente”, en época de crisis económicas la figura de la dación en pago, como un medio excepcional mediante el cual el legislador intenta aliviar la situación de sobreendeudamiento que recae sobre un sector de la población más desfavorecido, pero sin que su regulación termine de instaurarse con carácter imperativo.

II. Derecho Comparado

2.1 La hipoteca en derecho comparado colombiano

2.1.1 Concepto

Resulta extraordinariamente difícil extraer de los artículos dedicados a la hipoteca el concepto de esta figura jurídica, lo que hace necesario acudir a un concepto que haya sido elaborado doctrinalmente, tomando en consideración las notas fundamentales de la misma, y hacer un recorrido por el articulado del Código Civil, (arts. 2432 al 2457) para hallar en ellos el verdadero significado de esta institución. Y acudir en lo demás a la normativa que complementa su regulación. Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso.

El Código Civil de los Estados Unidos de Colombia (Ley 84 de 1873)¹, tiene consagrada la regulación sobre la hipoteca en el título XXXVII del Libro cuarto. DE LA HIPOTECA. Según el art. 2432 *“la hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”*.

Puede observarse, que el Código Civil colombiano en la redacción literal del artículo, no establece como tal que la hipoteca sea un derecho real, siendo preciso acudir a otros artículos, donde apreciar mejor la esencia de esta figura. Art. 665 C.C. *“Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”*.

Sin embargo la definición que hace el art. 2432 C.C., resulta ambigua, al asimilar la hipoteca a la figura jurídica de la prenda, lo cual tiene connotaciones jurídicas diferentes, por tal razón para la realización de este trabajo se toma como referencia la definición de PÉREZ VIVES (1999)² que establece lo siguiente: *“la hipoteca es un contrato de garantía real accesorio e indivisible que se constituye sobre un bien inmueble, que no deja de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle, para hacerlo subastar en caso de que el deudor no pague el*

¹ Consultado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr075.html#2432

² PÉREZ VIVES, Álvaro. *“Garantías civiles. Hipoteca, prenda y fianza”*. Segunda edición 1999. Editorial Temis. Bogotá. Pág. 76.

crédito principal, con el fin de que éste sea cubierto con el producto del remate, con preferencia sobre los otros acreedores”.

La hipoteca entendida como derecho real, tiene una serie de características que a efectos de este trabajo conviene resaltar:

- a) La hipoteca como *derecho real* de garantía está investida de una oponibilidad *erga omnes*, esta es una gran ventaja de la que disponen los derechos reales por recaer sobre cosas, es decir, son derechos absolutos que pueden oponerse ante cualquier persona y en cualquier momento, mientras que los derechos personales adolecen de una efectividad relativa, puesto que los efectos son vinculantes únicamente entre las partes contratantes y por esta razón no benefician o perjudican a terceros.
- b) Es *indivisible*, esto es, la garantía real se mantiene íntegra hasta la completa extinción de la obligación principal.
- c) Como derecho real que es, confiere al acreedor los derechos de *persecución* y *preferencia*.
- d) *Especialidad* o *determinación*, en la constitución de la hipoteca debe quedar determinado el bien sobre el que recae y la obligación que garantiza.
- e) Es un derecho *accesorio*³, ya que tiene como objeto asegurar el pago de una obligación principal, de tal forma que no puede subsistir sin ella (la hipoteca no puede existir de forma autónoma e independiente, como una forma de título hipotecario abstracto, susceptible de ser transferido mediante la simple entrega o endoso).

Esta apreciación fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de fecha 22 de octubre de 2008, en la cual se dejó constancia de lo siguiente. “no puede confundirse la obligación del deudor con la garantía real que respecto de ella se constituye a través de la escritura pública, habida cuenta que la hipoteca es, por definición legal una caución, (art. 65 C.C.)⁴, es decir, que tiene como función jurídica la de ser “una obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”, razón por la que desde siempre ha sido entendida por la doctrina y jurisprudencia como un derecho real accesorio que, en virtud de los atributos de persecución y preferencia, permite al acreedor en caso

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 22 de octubre de 2008. Expediente T-11001-02-03-000-2008-01429-00.

⁴ Artículo 65 C.C. Cauciones. “Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”.

de incumplimiento del deudor de la obligación garantizada, ejercer la acción ejecutiva para obtener el pago, con el producto de la venta del bien hipotecado (arts. 2448, 2449, 2552 C.C.)⁵.

En consecuencia, bajo ningún concepto puede admitirse que la constitución de esta garantía real elimina o extingue la obligación para cuya seguridad fue constituida, y mucho menos que la hipoteca reemplaza u ocupa el lugar de la obligación principal, pues ellas están llamadas a coexistir mientras esta última subsista, y a desaparecer coetáneamente, pues, por ministerio de la ley *“la hipoteca se extingue junto con la obligación principal”*, (art. 2457 C.C.)⁶.

f) Está sometida a dos solemnidades, es decir, está sujeta a la observancia de ciertas formalidades especiales: la primera consiste en que la hipoteca debe constituirse necesariamente mediante escritura pública, como lo indica el art. 2434 del código Civil⁷. Y la segunda la establece el art. 2435 C.C., al precisar que la escritura de constitución de hipoteca debe inscribirse en el registro de instrumentos públicos del lugar donde radique el inmueble, y advierte que sin este requisito la hipoteca carece de validez⁸, por consiguiente, sin el cumplimiento de estas dos formalidades la hipoteca no produce ningún efecto civil.

⁵ Artículo 2448 C.C. Derechos del acreedor hipotecario respecto al pago. “el acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda”.

Artículo 2449 C.C. Coexistencia de la acción hipotecaria y la personal. “el ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica la acción personal del acreedor para hacerse pagar sobre los bienes del deudor que no le han sido hipotecados, y puede ejercitarlas ambas conjuntamente, aún respecto de los herederos del deudor difunto; pero aquélla no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera”.

Artículo 2452 C.C. Derecho de persecución del bien hipotecado. “la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido. Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez. Más, para que esta excepción surta efecto a favor del tercero, deberá hacerse la subasta con citación personal, en el término de emplazamiento de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate, en el orden que corresponda. El juez, entretanto, hará consignar el dinero”.

⁶ Artículo 2457 C.C. Extinción de la hipoteca. “la hipoteca se extingue junto con la obligación principal. Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el evento de la condición resolutoria, según las reglas legales. Se extingue, además, por la llegada del día hasta el cual fue constituida. Y por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva”.

⁷ Artículo 2434 C.C. Solemnidades de la hipoteca. “la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede”.

⁸ Artículo 2435 C.C. Registro de la hipoteca. “la hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción”.

g) En caso de incumplimiento del deudor en el pago del crédito, el acreedor está investido de varias facultades para hacer efectivo el pago de este (acción hipotecaria). Para ejecutar la garantía deberá acudir ante la instancia judicial, la cual ordenará la venta del inmueble en pública subasta, y con el importe obtenido cobrar su crédito de forma preferente, en el caso de concurrir con otros acreedores.

La garantía real de la hipoteca, que grava el bien dado en garantía, otorga al acreedor dos prerrogativas fundamentales: el derecho de preferencia y el derecho de persecución.

a) El derecho de preferencia es la prelación que tiene sobre la cosa el titular del derecho real. Cuando se trata de ejercer su derecho real, él está por encima de todas las demás personas. Tiene la facultad de *exclure de la cosa*, a los titulares de un simple derecho personal o de crédito, esto es, los acreedores comunes o quirografarios. Por eso dice ALEX WEIL “que, en caso de conflicto a propósito de una cosa, entre el titular de un derecho real y el de uno personal, el primero es el que triunfa, porque él ejerce directamente su derecho sobre la cosa”⁹.

Este derecho de preferencia le otorga al acreedor un mejor derecho para el pago del crédito, se concreta en la facultad que tiene el acreedor de hacer efectiva la garantía mediante un proceso de venta judicial, para con el producto de la venta cobrar su deuda con preferencia, en el caso de que existan otros acreedores de peor rango o quirografarios¹⁰.

Es de recordar que en este aspecto, el rango hipotecario del que disponga el acreedor es vital para que se vea satisfecho su crédito y para esto es necesario que disponga del primer grado, puesto que si no es así, corre el riesgo de que inicie el proceso de venta judicial y le allane el camino al acreedor que está en mejor posición “rango” que él, y puede pasar que habiendo él instado el proceso judicial, no quede nada para cobrarse su deuda.

b) El derecho de persecución es la facultad que tiene el titular del derecho real, para actuar como propietario frente a la cosa, sin importar en manos de quien se encuentre esta. Así, el acreedor puede perseguir el bien hipotecado para obtener la efectividad de su crédito, aunque el bien haya cambiado de dueño. Siguiendo a TAMAYO LOMBANA, “como su

⁹ WEILL, A. Droit civil. Les biens. París, Dalloz, 1974. Pág. 7.

¹⁰ Titulares de un derecho de crédito que no cuentan con una garantía especial y, por consiguiente, sólo se encuentran respaldados por el conjunto de derechos que integran el patrimonio del deudor.

derecho es real, la relación es entre él y la cosa hipotecada, y por eso la puede perseguir hasta hacer efectivo su crédito”¹¹.

En cambio, el titular del derecho personal no tiene el derecho de persecución sobre los bienes de su deudor. Aquellos que fueron transferidos por el deudor y que por tanto salieron de su patrimonio y se encuentran en poder de terceros, escapan a la persecución del acreedor. Como dicen los tratadistas FLOUR Y AUBERT, el acreedor no puede perseguir aquellos bienes que fueron enajenados en el intervalo¹².

BONIVENTO (2000) explica a modo de ejemplo, que algo distinto sucede con la fianza, en donde la obligación es personal, y en la cual, el acreedor podrá perseguir la totalidad del patrimonio del deudor, lo que se conoce en la doctrina como prenda general del acreedor, pero sin contar con una preferencia o privilegio para el pago frente a otros acreedores¹³.

2.1.2 Antecedentes históricos del crédito hipotecario en Colombia

El origen de la hipoteca es remoto, como el de la propiedad; se ha aceptado que aparece por primera vez en Grecia, aunque el significado que ha trascendido al derecho es el dado en el marco de la civilización romana, en el *Corpus iuris civilis*. Esto es solo un breve apunte, pues considero que carece de interés, puesto que lo esencial a efectos de este trabajo es el origen del crédito hipotecario en Colombia.

Para comprender el crédito hipotecario en Colombia es conveniente destacar los momentos que han sido relevantes en la historia de este, a continuación se hace un escueto recorrido por los momentos y organismos más importantes que lo han llevado hasta lo que es hoy en día y sobre todo, lo que ha hecho posible que a este tipo de crédito pueda acceder cada vez más parte de la población, aunque respecto a esto aún queda mucho por hacer, porque el crédito hipotecario en países como Colombia parece estar reservado solo para algunos pocos “privilegiados”. Por tanto, es necesario que haya más regulaciones al respecto o más líneas de financiación para sectores más desfavorecidos, pero no por ello menos necesitados de tener una vivienda propia. El BID (2005)¹⁴ pone de manifiesto,

¹¹ TAMAYO LOMBANA, A. Manual de Obligaciones. “Teoría del acto jurídico y otras fuentes”, 5ª edición revisada, ampliada y actualizada. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia 2004. Págs. 99-101.

¹² FLOUR, J Y AUBERT, J. L. “Les obligations”, vol. I, Paris, Armand Colin, 1975, núm. 28.

¹³ BONIVENTO FERNANDEZ, J. A. (2000). “Los principales contratos civiles y comerciales”. Tomo II. Séptima edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. Págs. 21-24.

¹⁴ Banco Interamericano de Desarrollo.

“que uno de los principales motivos que explican la escasez y el alto precio del financiamiento hipotecario en Colombia, son los elevados niveles de riesgo en la recuperación de las garantías que deben enfrentar los acreedores”.

A continuación, se expone una breve historia del crédito hipotecario en Colombia. “La cuantificación se puede hacer a partir del año 1923, una vez creados el Banco de la República y la Superintendencia Bancaria a raíz de las recomendaciones de la Misión Kemmerer. En los años treinta y cuarenta la principal fuente de crédito para vivienda fue el Banco Central Hipotecario. En los años cincuenta y sesenta esta fuente fue complementada por el Instituto de Crédito Territorial, y el crédito bancario para vivienda diferente al BCH era mínimo. Sólo a partir de los años setenta en la era del UPAC (unidad de poder adquisitivo constante), el sector bancario formal, financió el crédito de largo plazo para vivienda. A partir de los años noventa el estado da subsidios a familias de bajos ingresos, para que estas puedan acceder al crédito para compra de vivienda de interés social. Finalmente, se ensaya promover la construcción durante la crisis económica de 2008 creando un subsidio de tasa de interés para la compra de vivienda popular”¹⁵.

No debe olvidarse la fuerte crisis financiera que golpeo a Colombia a finales de los años noventa hasta el año 2001, la cual llevó a la expedición de los Decretos 2330 y 2331 de 1998¹⁶, así como a la Ley 546 de 1999, reglamentaria del sector hipotecario, también conocida como Ley UVR, e importantes pronunciamientos jurisprudenciales de orden constitucional, que solventaron la crítica situación.

La fuerte crisis financiera que tuvo que capear Colombia entre los años 1998 y 2001 produjo un grave impacto sobre los créditos hipotecarios ya adjudicados en el mercado, como es evidente esta crisis también dejó otros sectores muy afectados, por ejemplo, el empleo, la construcción, etc. Pero ahora nos ocuparemos solo de lo referente al sector financiero, hipotecario.

¹⁵ MIGUEL URRUTIA MONTOYA & OLGA MARCELA NAMEN LEÓN, 2011. *"Historia del Crédito Hipotecario en Colombia,"* Documentos CEDE 008729, Universidad de los Andes - CEDE.

¹⁶ El Gobierno Nacional expidió el Decreto N.º 2330 del 16 de noviembre de 1998, en virtud del cual declaró el Estado de Emergencia Económica y Social.

En desarrollo del citado Decreto el Gobierno expidió el Decreto N.º 2331 del 16 de noviembre de 1998, por medio del cual se dictaron medidas tendientes a resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación, mediante la creación de mecanismos institucionales y de financiación y la adopción de disposiciones complementarias.

Para analizar la forma en que el país reaccionó ante la crisis, se examinarán sus causas y las respuestas frente a la situación, en particular en materia hipotecaria.

Entre las principales causas de la crisis financiera que atravesó Colombia a finales de los años noventa se encuentran la suspensión de flujos de capital externo, la liberalización del sistema financiero, el crecimiento irresponsable de los créditos, la revaluación, el aumento de las tasas de interés y la falta de regulación en el sector hipotecario, entre otras¹⁷.

Durante estos años se presentaron reformas que buscaban liberalizar el sistema financiero para promover la competencia, mejorar la eficiencia y dar mayor libertad al manejo de operaciones y tasas¹⁸. Que se reflejaron en varias leyes. La Ley 45 de 1990 y la Ley 35 de 1993 reestructuraron el sistema financiero y la Ley 09 de 1991¹⁹, tuvo como uno de sus principales objetivos el de estimular en el país la inversión de capitales provenientes del exterior. Se les permitió a otras entidades financieras ofrecer cuentas de ahorro. Se ató la corrección monetaria a la tasa de interés de captación para que los bancos hipotecarios pudieran competir con otras entidades financieras²⁰.

Se presentó entonces en la década de los noventa, un gran aumento del crédito, pero sin un seguimiento de la calidad de la cartera. Se dependía en gran medida de la entrada de

¹⁷ MIGUEL ARANGO, “Evolución y crisis del sistema financiero colombiano” (Serie Estudios y Perspectivas, 11, Ed. Cepal-Naciones Unidas, Bogotá, junio de 2006). Disponible en:

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4809/S0600444_es.pdf

¹⁸ SERGIO CLAVIJO, ALEJANDRO VERA, MARÍA P. SALCEDO, JENNIFER CARVAJAL, ARTURO GALINDO & FRANCESCA CASTELLANI, “El crédito hipotecario en Colombia: Evaluación del impacto regulatorio pos-crisis”. (Working paper, investigación realizada por ANIF (Asociación Nacional de Instituciones Financieras) para el BID (Banco Interamericano de Desarrollo), mayo de 2011). Disponible en: <http://anif.co/sites/default/files/uploads/Anif-BID0511.pdf>

¹⁹ Ley 45 de 1990, por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones, 39.607 Diario Oficial, 19 de diciembre de 1990. Disponible en:

http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0045_1990.htm

Ley 09 de 1991, por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias, 39.634 Diario Oficial, 17 de enero de 1991. Disponible en:

<http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/paginas/LEY09DE1991CONHIPERVINCULOS-1.pdf>

Ley 35 de 1993, por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora, 40.710 Diario Oficial, 5 de enero de 1993. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0035_1993.html

²⁰ LEONARDO VILLAR-GÓMEZ, DAVID M. SALAMANCA-ROJAS & ANDRÉS MURCIA-PABÓN, “Crédito, represión financiera y flujos de capitales en Colombia: 1974-2003, 55 *Desarrollo y Sociedad, Universidad de los Andes*, 167-209 (2005)”. Disponible en: http://www.researchgate.net/publication/4747000_Credito_represin_financiera_y_flujos_de_capitales_en_Colombia_1974-2003

capitales al país; sin embargo, este flujo se frenó, lo que además de ocasionar una fuerte reducción en el PIB, provocó un alza de las tasas de interés.

Con ocasión de eventos internacionales, el Banco de la República trató de defender la tasa de cambio que subió de forma exorbitante.

Aunque inicialmente se creyó que la crisis hipotecaria asiática de 1997 sería una cuestión focalizada, sus repercusiones fueron globales²¹. En Colombia, los saldos hipotecarios se dispararon, el ingreso y el precio de los bienes raíces cayeron²². La caída intempestiva de las fuentes de fondeo deterioró la capacidad de pago de los sujetos que tuvieron que entregar en dación de pago sus bienes inmuebles, lo que llevó a la quiebra a muchas entidades financieras²³. Las obligaciones de los deudores hipotecarios se elevaron cuando justamente aumentaba el desempleo y se reducían los ingresos de las personas.

La liberalización del sistema financiero tuvo un fuerte impacto en las entidades hipotecarias que eran las encargadas de otorgar los préstamos de largo plazo para construcción y compra de vivienda, pues se eliminó el cuasi monopolio que tenían en el mercado de ahorros, se eliminaron las facilidades que tenían con la banca central y aumentó el riesgo de liquidez al aumentar la competencia²⁴.

Para enfrentar la crisis financiera, el gobierno colombiano y el Banco de la República implantaron diversas reformas. La Superintendencia Financiera diseñó un nuevo sistema de administración del riesgo para que las entidades financieras lograran mantener un nivel adecuado de capital y provisiones²⁵.

²¹ Sobre esta crisis, JUAN JOSÉ ECHAVARRÍA & MARÍA ANGÉLICA ARBELÁEZ, “Tasa de cambio y crecimiento económico” (2003). Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra338>. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/pdfs/borra338.pdf>

²² LEONARDO VILLAR-GÓMEZ, DAVID M. SALAMANCA-ROJAS & ANDRÉS MURCIA-PABÓN, “Crédito, represión financiera y flujos de capitales en Colombia: 1974-2003, 55 *Desarrollo y Sociedad*, Universidad de los Andes, 167-209 (2005)”. Disponible en: http://www.researchgate.net/publication/4747000_Credito_represin_financiera_y_flujos_de_capitales_en_Colombia_1974-2003

²³ “Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafin, Crisis financieras sistémicas en Colombia y contraste con el escenario actual”, No. 2 (marzo de 2012). Disponible en: <https://www.fogafin.gov.co/default/imagenes/file/Informacion%20al%20Ciudadano/Publicaciones/Crisis%20financieras%20sistemicas%20en%20Colombia%20y%20Contraste%20con%20el%20escenario%20actual>.

²⁴ JOSÉ DARÍO URIBE, Banco de la República, “Algunas lecciones relevantes aprendidas de la crisis financiera colombiana de 1998-1999”. Disponible en: http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/jdu_may_2008.pdf

²⁵ JOSÉ EDUARDO GÓMEZ-GONZÁLEZ, LUISA SILVA, SERGIO RESTREPO & MAURICIO SALAZAR, “Flujos de capital y fragilidad financiera en Colombia, 30 *Ensayos sobre Política Económica*”, 69, 67-109 (2012). Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012044832012000300003&lng=en&nrm=i&so&tlng=es

Con el Decreto 2330 del 16 de noviembre de 1998, el gobierno declaró el estado de emergencia económica y social en Colombia. Con este Decreto y el Decreto 2331 de 1998 se crearon mecanismos institucionales y de financiación para aliviar la crisis y el deterioro hipotecario.

Desde esta crisis, Colombia no ha vuelto a sufrir una crisis similar, incluso la crisis del año 2008 que tuvo repercusión en gran número de países no tuvo mayor incidencia en la economía de Colombia, quizá sea debido a que el sector financiero fruto de la crisis de finales de los años 90, adoptó una serie de medidas restrictivas de acceso a los créditos hipotecarios que mantiene hasta el día de hoy. Y ha hecho que por ende los créditos hipotecarios existentes “otorgados” en el mercado, no sean de alto riesgo y por ende la tasa de impagos es menor que en economías que conceden créditos hipotecarios sin muchas exigencias, siendo créditos con una alta tasa de riesgo de retorno. Esta es a grandes rasgos la historia del crédito hipotecario en Colombia.

2.1.3 El sistema registral

Al estudiar la legislación inmobiliaria de un país deben determinarse los principios que orientan la función registral, de cuyo análisis se podrá concluir el grado de desarrollo, puesto que estos no son universales; por ejemplo, la totalidad de los principios del sistema inmobiliario alemán no son compartidos por el sistema español, ni los de este coinciden con el francés, y así sucesivamente.

Por consiguiente, el sistema registral de un país está fundamentado en un conjunto de principios inmobiliarios registrales que sirven de base a ese determinado sistema registral²⁶.

El registro de instrumentos públicos en Colombia se estableció por medio de la Ley 84 de 1873 (Código Civil de los Estados Unidos de Colombia), que es adoptado por la Republica de Colombia mediante la Ley 57 de 1887.

²⁶ MARTA CECILIA ANGARITA PINEDA. “*ponencia el sistema registral en Colombia*”. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/CFAF70EB33741DEF052579BC0077075A/\\$FILE/sistema_registral_Colombia.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/CFAF70EB33741DEF052579BC0077075A/$FILE/sistema_registral_Colombia.pdf)

En materia registral, el Código Civil dedicó el título 43 (arts. 2637 al 2682), hoy Ley 1579 de 2012, por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones.

En Colombia la adquisición de los derechos reales requiere del título y el modo, el título es el hecho que da la posibilidad para adquirir el dominio u otro derecho real y el modo de adquirir es el hecho idóneo para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de una persona.

Los asientos registrales deben efectuarse en la oficina de ubicación del respectivo inmueble; cada bien raíz tiene asignado un solo folio de matrícula que lo individualiza. Es un servicio rogado, es decir, debe mediar solicitud de persona interesada previo el pago de los derechos respectivos.

Tomando como referencia lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 1579 de 2012²⁷. Los objetivos básicos del registro de la propiedad inmobiliaria son:

- Servir de medio de tradición de los bienes inmuebles y demás derechos reales constituidos sobre ellos, (art. 756 del C. C.)²⁸
- Publicitar los actos y contratos que trasladen, graven o limiten el dominio de los mismos.
- Servir como medio de prueba para la adquisición de los derechos reales relativos a bienes raíces.
- Revestir de autenticidad los actos o contratos así inscritos.
- Servir como medio de seguridad para negocios jurídicos sobre inmuebles.

El registro tiene como finalidad, servir de medio para publicitar la situación jurídica de los inmuebles inscritos, lo que permite brindar seguridad y certeza a las personas, ya que permite el conocimiento de la titularidad de los derechos reales, las limitaciones afectaciones y medidas cautelares.

²⁷ Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1579_2012.html

²⁸ Artículo 756 C.C. Tradición de bienes inmuebles. Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca.

La publicidad formal, la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros y el carácter constitutivo de la inscripción como requisito indispensable en la adquisición y constitución de los derechos reales inmobiliarios, son las bases en que se sustentan la seguridad del comercio inmobiliario colombiano.

En la legislación colombiana, los principios fundamentales que sirven de base al sistema registral, en virtud del art. 3 de la Ley 1579 de 2012 son: los principios de inscripción, prioridad o rango, rogación, tracto sucesivo, de especialidad, de legalidad, de legitimación y de fe pública.

En Colombia el derecho de propiedad es uno de los pilares de la organización política, sin la existencia de la publicidad inmobiliaria, la incertidumbre estaría presente en cada transacción, restando confianza al comercio inmobiliario.

III. Tratamiento en España

3.1 Consideraciones generales

3.1.1 Concepto, caracteres y función económica

En el derecho español una de las definiciones que adopta el concepto de hipoteca es la redactada por el profesor Pedro DE PABLO CONTRERAS, “La hipoteca inmobiliaria es un derecho real de garantía que confiere a su titular la facultad de exigir la realización de valor del inmueble sobre el que recae, en pública subasta y cualquiera que sea su poseedor, específicamente encaminado a satisfacer su derecho al cumplimiento de la obligación para cuya garantía se hubieren constituido”²⁹.

Las notas características de esta definición se repiten en todas las demás creaciones del concepto de hipoteca dado por otros autores, independientemente del ordenamiento jurídico del que nos hagamos eco. En el caso del derecho español, esta definición es concordante con la del derecho comparado en cuestión, pues, aunque cada código otorgue unas pinceladas con pretensiones de adornar más o menos este término, existen unas características básicas que son prioritarias mantener a efectos de entender esta figura, y hace que todas las concepciones resulten familiares.

El Código Civil español, dedica a la hipoteca el libro IV “de las obligaciones y contratos”, título XV *de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis*. Todo lo demás que no esté contemplado en este título referente a la hipoteca, se remite a la Ley Hipotecaria³⁰ que dedica el título V *de las hipotecas*³¹.

Los artículos 1876 C.C y 104 LH, coincidentes en su literalidad establecen “*la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*”. Se puede inferir de la redacción de estos dos artículos, que el derecho real de hipoteca nace del contrato de hipoteca, siempre y cuando este cumpla con los requisitos de solemnidad

²⁹ DE PABLO CONTRERAS, Pedro. “*Hipoteca, su Ejecución y Dación en Pago*”. Editorial Aranzadi, SA. 2014. Navarra. Pág. 13.

³⁰ Artículo 1880 Código Civil. “La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación o extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continua vigente”.

³¹ Decreto de 8 de febrero de 1946 por la que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley hipotecaria. Respecto a la hipoteca también es normativa aplicable: el Reglamento Hipotecario por medio del cual se ejecuta la Ley Hipotecaria. Y La Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos que sean de aplicación.

exigidos por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, esto es, ser constituida mediante escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

De la definición tomada del profesor DE PABLO CONTRERAS, y de su concreta regulación, se desprenden las características fundamentales de la hipoteca:

- a) Es un *derecho real*, puesto que configura el estatuto jurídico del inmueble sobre el que recae, desplegando sus efectos *erga omnes*.
- b) Es un derecho *accesorio*, esto es, la hipoteca no puede existir, ni ser eficaz, con independencia del crédito garantizado.
- c) Es un derecho de constitución registral, para que tenga plena validez debe ser otorgada en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad³². (arts. 1875 C.C y 145 LH)
- d) En virtud del principio de *especialidad* o *determinación* (arts. 112 y 119 LH. Y 216 y ss. Rh), el inmueble sobre el que recae la hipoteca debe estar perfectamente determinado, así como la suma por la que responde el inmueble y el crédito garantizado.
- e) La hipoteca es *indivisible*, según señala el artículo 122 LH, “*subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido*”.
- f) El acreedor hipotecario dispone del privilegio de ejecutar el bien hipotecado (acción hipotecaria), en caso de incumplimiento de la obligación garantizada y cobrar su crédito con lo obtenido (realización de valor), con preferencia a otros posibles acreedores del deudor o del propietario del bien hipotecado³³. Aquí se manifiesta el llamado *ius distrahendi* dispuesto en el art. 1858 C.C. según el cual “*es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas, en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*”. Y el art. 1859 C.C. prohíbe de

³² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Curso de Derecho Civil, tomo III. Derechos Reales. Reimpresión actualiza de la 4ª. Edición 2014. Volumen coordinado por: Pedro DE PABLO CONTRERAS. Editorial. Edisofer. Madrid 2016. Pág. 573. “La finalidad de estas previsiones es la de dotar de publicidad a la hipoteca, de manera que cualquier persona puede conocer en un momento determinado las hipotecas que existen sobre un inmueble (por ejemplo, para comprarlo, o para hacer un préstamo garantizado por una nueva hipoteca sobre el mismo inmueble). La falta de desplazamiento posesorio podría desembocar fácilmente en la existencia de hipotecas ocultas, o simplemente desconocidas (y no fácilmente cognoscibles), lo que es perjudicial desde el punto de vista de la seguridad del tráfico. Para evitar esos inconvenientes, la ausencia de publicidad derivada de la falta de desplazamiento posesorio es sustituida por la publicidad que da a la hipoteca su inscripción en el registro de la Propiedad”.

³³ Código Civil. Artículos 1923.3º y 1927.

forma imperativa el conocido como pacto comisorio *“el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.*

La función económica que cumple la figura de la hipoteca en el estado español, dada su importancia económica y social, es más que notable, esto se debe en buena parte a la configuración de su régimen legal, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ). La sociedad española ha reaccionado muy bien a la progresiva implementación del crédito hipotecario, y el mismo se ha convertido en uno de los motores de la actividad económica, viéndose reflejado en la adquisición de créditos hipotecarios bien para la adquisición de bienes inmuebles como muebles. Para el caso de bienes inmuebles, es el método de financiación elegido por la gran mayoría, ya que representa indudablemente un abanico de privilegios para el que lo concede “acreedor”, y algunas ventajas relevantes para el que lo recibe “deudor”.

Desde la posición del acreedor, la hipoteca constituye una garantía que asegura con gran eficacia que va a recobrar lo prestado con los correspondientes intereses pactados, puesto que lo que garantiza el crédito es un bien inmueble, con un valor superior a la cantidad prestada, que puede perseguir sin importar en manos de quien este, y que en caso de que el deudor incumpla su obligación de pagar la deuda, puede el acreedor acudir a la instancia judicial a solicitar la ejecución del inmueble y con el dinero obtenido recuperar lo prestado.

Desde la posición del deudor, constituye una forma de obtener la financiación necesaria para obtener por ejemplo una vivienda, manteniendo la posesión de la misma, y pagándola en plazos. Gracias a la figura de la hipoteca, muchas personas tienen la posibilidad de poseer una vivienda en propiedad, ya que de otra forma no podrían disponer de la cantidad que puede suponer el precio de esta. De lo anterior se desprende la gran importancia social que reviste la hipoteca.

La situación de crisis vivida en los últimos años, afectó en España de forma significativa el sector del crédito con garantía hipotecaria, poniendo de manifiesto los problemas de sobreendeudamiento de las familias españolas, lo que provocó un gran número de procesos de ejecución hipotecaria, fruto del impago de los créditos garantizados con hipoteca, y la realización de muchos desahucios, todo esto colocó a las entidades financieras en una difícil situación, teniendo que ser absorbidas o rescatadas por otras entidades más solventes.

Los deudores fueron sin duda los que se llevaron la peor parte, puesto que en muchos casos una vez ejecutado el bien, o adjudicado al propio acreedor por un valor muy inferior, aun así la deuda subsistía por la cantidad pendiente de pago, de manera que el deudor después de haber perdido el inmueble sigue debiendo parte de la deuda que dicho inmueble garantizaba. Esta situación ha hecho que se promulgue alguna normativa dirigida a mejorar la situación de los deudores hipotecarios en situaciones de especial vulnerabilidad, cuando el inmueble hipotecado sea la vivienda habitual. Todo lo anterior es un tema del que podría hablarse de forma extensa pero no es esa la finalidad de este trabajo, por lo cual se queda señalado a modo de visión general, y como constancia de la importancia que tiene para la sociedad la figura del crédito hipotecario.

En cuanto al alcance de la garantía hipotecaria, la hipoteca garantiza el principal de la obligación para cuya seguridad se constituye, pero además puede cubrir también los intereses, costas y gastos, estos dos últimos para el caso de que el acreedor tenga que acudir a la instancia judicial para exigir el cumplimiento de la obligación, es decir, el pago.

De acuerdo con el art. 137 LH., “*las hipotecas son voluntarias o legales*”³⁴. Me referiré sólo a las hipotecas voluntarias (art. 138 LH), que son las que nacen de la autonomía de la voluntad de los particulares, y que pueden ser a su vez convencionales, cuando nacen del acuerdo entre las partes, o unilaterales cuando se constituye solo por la voluntad del dueño del inmueble, seguida de la aceptación del acreedor (art. 141 LH)³⁵. Estas hipotecas son siempre expresas; esto es, precisan de un acto específico de constitución y de inscripción en el Registro de la Propiedad. Con base en esto, el contrato es la forma más normal de constituir las hipotecas, y la única contemplada en el Código Civil.

Los bienes y derechos objeto del derecho real de hipoteca, son los bienes inmuebles susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, arts. 1874 C.C y 106 LH. “*Podrán ser hipotecados: Primero. Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. Segundo. Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los*

³⁴ Estas hipotecas legales no son tan comunes como las voluntarias, aunque una vez constituidas e inscritas, surten los mismos efectos que las hipotecas voluntarias. Art. 158 LH. “sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter”, señala después que “las personas a cuyo favor concede la ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho”.

³⁵ El artículo 141 LH. La llama “hipotecas voluntarias por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada”.

misimos bienes. El artículo 107 LH, complementa esta lista de bienes y derechos hipotecables.

En la eficacia del derecho real de hipoteca, es habitual distinguir dos fases:

a) La fase de seguridad³⁶: esta abarca desde la constitución de la hipoteca hasta el incumplimiento del deudor, y tiene carácter y eficacia básicamente cautelares o preventivos, en la medida en que se dirigen a posibilitar que, en su caso, pueda desarrollarse satisfactoriamente la fase de realización del valor, esta fase se manifiesta principalmente en la acción de devastación contemplada en el artículo 117 LH³⁷.

b) La fase de realización de valor: aquella que se desarrolla a partir del incumplimiento del deudor, y consiste en la venta judicial del inmueble hipotecado para satisfacer las expectativas de pago del acreedor³⁸.

c) El vencimiento anticipado de la obligación garantizada³⁹, es otra forma de asegurar la efectividad de la garantía hipotecaria, este permite la inmediata ejecución de la hipoteca, por lo cual es habitual que los acreedores acudan a la utilización de este recurso con preferencia a la acción de devastación recogida en el art. 117 LH.

Por lo que se refiere a la transmisión del inmueble hipotecado es totalmente posible, puesto que no deja de formar parte del tráfico jurídico y económico, permitiendo así al propietario deudor la transmisión del bien hipotecado sin que esto mengue la garantía hipotecaria del acreedor. Esta transmisión da lugar a la aparición de la figura del *tercer poseedor*, no obstante, este no asume la condición de deudor, esto es, no está obligado personalmente al pago de la deuda, pero sí ostenta la propiedad del inmueble hipotecado. Por esta razón, La ley le vincula algunos efectos, entre otros: los límites a la extensión objetiva de la hipoteca (arts. 112 y 113 LH), los intereses garantizados por la hipoteca

³⁶ En palabras de SANCHO REBULLIDA, “la fase de seguridad se agota prácticamente en dar efectividad a la subsiguiente fase de ejecución; podría ello expresarse con la redundancia de que garantiza el que la garantía, cuando llegue su hora, será efectiva”.

³⁷ Artículo 117 LH. “cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo el valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez de primera instancia del partido en que estuviere situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su actitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial”.

³⁸ Como dice SANCHO REBULLIDA, la fase de realización es “*la hora de la verdad* de la hipoteca, su razón de ser y la razón de ser fundamental, incluso, de aquella fase de seguridad”.

³⁹ Artículo 1129.3 C.C. Conforme al cual el deudor perderá el derecho a utilizar el plazo “cuando por actos propios hubiese disminuido aquéllas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras”.

(art. 114 LH), o la legitimación pasiva para el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria (art. 685 Lec). Por tanto, en cuanto a la transmisión hay que tener claro que se pueden dar dos figuras; el del adquirente tercer poseedor que no asume la obligación garantizada y el adquirente que asume la deuda en cuya garantía se hipotecó el inmueble⁴⁰.

Al igual que el inmueble hipotecado se puede transmitir, también es transmitible el crédito hipotecario, (arts. 1112 y 1878 C.C.). Y en virtud del principio de accesoriedad⁴¹, con él se transmite la hipoteca que lo garantiza⁴².

Llegados a este punto es importante destacar la importancia jurídica y económica del rango hipotecario, puesto que en esto radica la posibilidad del acreedor de satisfacer su expectativa de pago mediante la ejecución hipotecaria. Cuanto mejor rango, mayor garantía de que cobrará su crédito. Por esta razón el titular de una primera hipoteca tiene plena seguridad de que, llevada a cabo la ejecución hipotecaria, cobrará la suma total garantizada, puesto que en el caso de que existan acreedores de rango inferior esto no afecta a su crédito, que está investido de un privilegio mayor y preferente.

El rango hipotecario es incluso objeto de negocio, así el derecho español admite la *permuta* (cuando dos acreedores hipotecarios intercambian sus respectivos rangos), la *posposición de rango hipotecario* (cuando un acreedor acepta que su hipoteca tenga un rango inferior a otra que aún no ha sido inscrita en el Registro). Y la *reserva de rango* (cuando la posposición de rango a favor de hipoteca futura se formula en la propia escritura de constitución de la hipoteca pospuesta). Estas modificaciones de rango sólo tienen eficacia cuando el contrato en el que debe ser otorgado mediante escritura pública, se inscribe.

⁴⁰ Artículo 118 LH. “En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito”. “Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado”.

⁴¹ Artículo 1528 C.C. “la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, la hipoteca, prenda o privilegio”.

⁴² Artículo 149 LH. “El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente”.

El acreedor tiene dos opciones para hacer efectivo su crédito. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada dispone: a) de la acción personal, en virtud del artículo 105 LH, *“la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil”*. Esto es, el deudor responde de esa obligación con todos su bienes presentes y futuros. b) de la acción hipotecaria (arts. 517 y ss. Lec), es decir, como titular del derecho real de hipoteca puede pedir judicialmente la ejecución del inmueble hipotecado y con el producto de la venta satisfacer su crédito, con las especialidades de los arts. 681 y siguientes de la Lec. c) podría también darse la venta extrajudicial del bien ante notario.

El acreedor tiene la libertad de elegir que acción decide interponer para la realización de valor del inmueble hipotecado, puesto que ambas son compatibles y ninguna tiene preferencia legal sobre la otra (STS. 4 diciembre 1999).

El ejercicio de la acción hipotecaria debe cumplir con los requisitos previstos en el art. 682 Lec⁴³. El acreedor cuenta con tres posibilidades para la realización de valor, contempladas por la Lec. 1) la subasta del bien, que es el procedimiento previsto con carácter general (arts. 691 y 655 y ss. Lec.)⁴⁴, 2) convenio de realización de valor, que debe ser acordado entre el ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución, en el que se establezca la forma de realización del valor del bien hipotecado o, más genéricamente, la forma de satisfacción del interés del ejecutante. (Art. 640 Lec.). 3)

⁴³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., loc. cit, Pág. 619. 1) que la ejecución se dirija exclusivamente contra los bienes hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda; 2) que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasen el bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta; 3) que en la misma escritura conste un domicilio, fijado por el deudor, para la práctica de los requerimientos y las notificaciones. Art. 685.1 Lec. *“La demanda deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”*. Quienes deberán ser requeridos de pago en los términos del art. 686 Lec.

⁴⁴ El art. 671 Lec. establece, *“si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3”*.

“Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el letrado de la Administración de Justicia, a instancia del ejecutado, procederá al alzamiento del embargo”. En muchos casos la adjudicación del bien al acreedor en los términos establecidos por este artículo será insuficiente para pagar la deuda, teniendo el acreedor la posibilidad de recurrir a la acción personal, para cobrar la cantidad pendiente de pago.

realización por persona o entidad especializada, a petición del ejecutante, o del ejecutado con consentimiento del ejecutante, en los términos del art. 641 Lec.

Una vez ejecutado el inmueble, se hará entrega del precio obtenido al acreedor hipotecario, para cubrir con este el pago del capital, intereses y costas, (art. 692.1 Lec.). pagado el acreedor, en el caso de que exista remanente, el mismo se consignará para satisfacer los derechos de cobro de acreedores posteriores constituidos legalmente. Pagados estos, si queda remanente se tiene que entregar al deudor al que le han ejecutado el inmueble, (art. 692.1 I Lec.). Pero puede suceder también que el precio obtenido en la ejecución no sea suficiente para saldar el crédito que garantizaba el bien hipotecado, en este caso entraría a operar la regla del art. 1911 C.C.⁴⁵.

La extinción y cancelación del derecho real de hipoteca, se da bien: por concurrir alguna de las causas de extinción de las obligaciones contempladas en el art. 1156 C.C. Para que las mismas surtan efecto frente a terceros, deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad (art. 144 LH.). La hipoteca también puede extinguirse por concurrir alguna causa de extinción propia de los derechos reales inmobiliarios: destrucción o expropiación del inmueble, renuncia, consolidación, prescripción, etc. En tercer y último lugar, la hipoteca se extingue por alguna de las causas de extinción propia de los derechos reales en particular, en estas destaca la ejecución de la hipoteca en caso de incumplimiento de la obligación asegurada. Extinguida la hipoteca debe procederse a la cancelación del asiento registral correspondiente art.79.2 LH.

La cancelación de la hipoteca se realizará, mediante escritura pública con el consentimiento del acreedor hipotecario o bien por sentencia firme, aunque podrá también realizarse sin dichos requisitos *“cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva”* art. 82.II LH.

⁴⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., loc. cit, Pág. 621 “En todo caso, respecto a la parte de la deuda eventualmente no cubierta por el precio obtenido en el remate, subsiste a disposición del acreedor la acción personal derivada del derecho de crédito, con la peculiaridad, puesta de relieve por De Pablo, de que cabe a tal fin continuar el proceso ejecutivo como ordinario, de manera que el ejecutante, en virtud de lo previsto en el art. 579 Lec., podría pedir en ese mismo procedimiento el embargo de otros bienes por la cantidad que falte para cubrir la deuda, a cuyos efectos seguiría siendo válido en primer despacho de la ejecución que se prosigue, sin que deba ni pueda dictarse un auto de ejecución distinto (nuevamente, De Pablo)”.

El régimen hipotecario que contempla el derecho español tiene muchas similitudes al contemplado por el derecho colombiano, lo cual no es de extrañar habida cuenta de la gran influencia que tienen los ordenamientos jurídicos latinoamericanos del derecho europeo, en general las características fundamentales de la hipoteca son compartidas por ambos países. Lo que puede distar de un país a otro, es la forma en la que los jueces y tribunales aplican las leyes relativas a la hipoteca, adaptándola a la realidad económica, jurídica, cultural y social de cada Estado.

IV. Diferencia entre hipoteca y préstamo con garantía hipotecaria

4.1 Aclaración de conceptos

La mayoría de las personas suele tener un error de concepto en cuanto al significado de estos términos, suelen pensar que son lo mismo, por tanto que no existe ninguna diferencia entre ellos, incluso quien ha firmado un contrato de hipoteca para adquirir su vivienda no sabe muy bien que es lo que ha firmado y cómo funciona el mismo, no saben que ellos son los dueños del inmueble que “tienen” siempre y cuando cumplan con los pagos a los que se han obligado, y que el verdadero dueño del inmueble es la entidad financiera (acreedor), hasta que no paguen la totalidad del préstamo, o venza la obligación de pago que han adquirido.

No saben tampoco si su vivienda constituye un activo o un pasivo en su patrimonio, de hecho la gran mayoría aseguran que su vivienda es un activo, pero nada más lejos de la realidad, porque lo que tienen es una deuda por un inmueble que no les pertenece en su totalidad, y si nos ceñimos a la definición de lo que es un activo (todo bien o derecho que este en la capacidad de generar dinero en efectivo, o de los cuales se obtiene un beneficio o rendimiento económico)⁴⁶, vemos claramente que está muy lejos de serlo.

Por tanto, está claro que lo que se posee es un pasivo en toda regla, puesto que lo que se tiene es una deuda que pagas mes a mes, una obligación. El banco (acreedor), es quien tiene un activo en su contabilidad.

Considero, por tanto, que es necesario plasmar en estas líneas de la manera más clara posible, lo que significa una hipoteca (crédito hipotecario) y un préstamo con garantía hipotecaria.

A) Cuando una persona acude a una entidad financiera a pedir un préstamo para comprar una vivienda, un local de negocio, etc. Se suele decir que va a pedir una hipoteca, sin embargo, esto es un error conceptual, porque en realidad a lo que va, es a pedir dinero y un plazo para devolverlo, quien pide la hipoteca, quien exige la hipoteca es el banco (acreedor), la hipoteca es una garantía accesorio que pretende conseguir el objetivo de que, si el deudor no paga su préstamo en este caso, pueda el banco (acreedor) recuperar lo prestado más los intereses.

⁴⁶ Consultado en: El Marco Conceptual para la Información Financiera del IASB ([Junta de Normas Internacionales de Contabilidad](#)), emitido el 1 de enero de 2012.

Hay otras garantías, fundamentalmente es la responsabilidad patrimonial del deudor, y puede haber fianzas, o avales, o pignoración de un fondo de inversión, de una cuenta corriente, etc.

La hipoteca consiste en que, si el deudor no paga, el banco (acreedor) puede forzar la venta del bien hipotecado en subasta pública, es decir, puede vender el inmueble, aunque el deudor no quiera, y en caso de que la venta forzosa resulte infructuosa se puede adjudicar el inmueble. (A todos nos resultara familiar esto último, pues es lo que trajo consigo la crisis económica iniciada en el año 2008 que afecto a gran parte de los países, y que dejo a tantas familias sin hogar y a los bancos con más inmuebles en sus carteras que muchas inmobiliarias).

Con el importe de la venta pagado por el comprador, el banco o acreedor particular si fuera el caso se cobra, si sobra se da al deudor ese dinero o a los acreedores posteriores en caso de que existan, y si falta el deudor queda a deber la cantidad correspondiente. Por todo lo anterior, no es correcto decir que la hipoteca si no se paga el banco (acreedor) se queda con el bien, esto es una verdad a medias.

Sin embargo, lo cierto es que como sabemos en nuestra historia más reciente, los bancos fueron durante unos años los mayores propietarios de inmuebles como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, para explicar esto pondré de ejemplo lo sucedido en España, pues en Colombia la crisis que inicio a finales de 2007 -principios de 2008- no fue tan relevante en el mercado inmobiliario.

Para esto es conveniente retroceder a los buenos tiempos del año 2007 y anteriores, en ese momento la burbuja inmobiliaria estaba en todo su esplendor, los pisos subían de valor constantemente de una manera descontrolada, en palabras del notario FERNANDO GOMA⁴⁷, “tu comprabas un piso y a la hora y media valía un 10% más”.

En esos años cuando un deudor no podía pagar, no hacía falta la ejecución hipotecaria, puesto que el deudor ponía a la venta voluntariamente su piso alguien lo compraba inmediatamente y todos contentos, el deudor porque vendía y probablemente ganaba dinero, el banco porque no tenía un fallido⁴⁸, tenía un nuevo deudor, y el comprador

⁴⁷ FERNANDO GOMA, notario y editor del blog www.hayderecho.com. Entrevista concedida al equipo de qué aprendemos hoy.

⁴⁸ Entiéndase por fallido aquel crédito no redituable, es decir, que no se ha reembolsado, una deuda incobrable.

porque, aunque probablemente hubiera comprado caro, tenía la expectativa de venderlo muy caro, pero todo esto en el 2008 desaparece.

Como ya todos sabemos se produce un colapso del sistema financiero, de la economía en general y eso provoca un impago generalizado de los préstamos hipotecarios en España, lo que a su vez conlleva una ejecución masiva de las hipotecas. Y hay que decir que, puesto a prueba el sistema de ejecución hipotecaria ha funcionado razonablemente bien, no ha tenido especiales problemas ni jurídicos ni judiciales en particular, ha tenido problemas tal vez de justicia material.

En muchos casos la ejecución no ha derivado en una venta con la que cobrarse, puesto que no se venden los inmuebles ni dentro ni fuera de la subasta, lo que ocurre es que el propio sistema de ejecución hipotecaria prevé lo que podríamos llamar un último recurso, y es que, en el caso de que no haya postores en la subasta, el banco puede si quiere adjudicarse el inmueble en propiedad, y eso es lo que en realidad ha ocurrido, los bancos se adjudicaron de forma general los inmuebles a falta de postores en las subastas, con este último recurso que en realidad es un único recurso, y esa es la razón de que los bancos hayan sido los mayores propietarios de inmuebles en toda España.

También suele pensarse erróneamente que solo las entidades financieras están facultadas para la constitución de hipotecas, pero esto no es así, esta puede constituirse a favor de cualquier persona, tanto natural como jurídica.

Debemos tener claro que hipotecar un inmueble no es lo mismo que solicitar un crédito hipotecario, ya que un crédito hipotecario le ofrece financiamiento para comprar una vivienda nueva o usada, dejando como garantía de pago dicho inmueble, y el dinero obtenido sólo puede utilizarse para invertirlo en la adquisición de ese inmueble.

B) El préstamo con garantía hipotecaria, por el contrario, es un crédito al que se accede dejando como garantía de pago un bien inmueble, que puede ser propiedad del deudor o de un tercero, pero el dinero obtenido en el préstamo puede destinarse a cualquier fin, en este tipo de préstamo lo habitual es que el importe prestado sea menor, como mucho hasta un cuarenta por ciento del valor catastral del inmueble.

Sin embargo, en ambos casos si el deudor no cumple con la obligación de pagar las cuotas convenidas, esto es, impaga la deuda, las consecuencias son iguales, el prestamista puede

solicitar la venta forzosa del bien, es decir, su venta mediante subasta pública y el deudor o propietario no deudor, pierde la vivienda.

De hecho, cuando una persona natural presta dinero a otra persona natural o jurídica, para que lo use para cualquier fin, puede perfectamente exigir que dicho préstamo sea garantizado mediante una hipoteca, en lugar de una letra de cambio. Y en el caso de que el negocio involucre una alta cantidad de dinero, es sin duda la garantía más recomendable, puesto que el acreedor podrá perseguir el inmueble hipotecado en manos de quien esté, lo cual elimina el riesgo de que el deudor resulte insolvente, o se insolvente de forma premeditada, pues cualquier transferencia de dominio que se realice, se hará junto con la hipoteca, como indica el art. 2452 C.C. en el primer inciso: *“la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”*. Por tanto, la hipoteca es la mayor garantía que podemos tener actuando siempre en la legalidad.

En otras palabras, el deudor puede donar o vender el inmueble hipotecado, sin que el acreedor pierda su derecho de perseguir ese inmueble en manos de quien esté, pues la hipoteca mientras no se extinga seguirá atada a ese inmueble.

La hipoteca se extingue cuando se extingue el contrato principal, es decir, la hipoteca se extingue cuando la obligación que garantiza es cumplida, o la deuda garantizada es pagada. En este aspecto el art. 2457 C.C. señala *“La hipoteca se extingue junto con la obligación principal. Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el evento de la condición resolutoria, según las reglas legales. Se extingue, además, por la llegada del día hasta el cual fue constituida. Y por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva”*.

En la economía colombiana esta socialmente aceptado el préstamo con garantía hipotecaria realizado por particulares, es decir, en Colombia las personas naturales son prestamistas de un gran número de préstamos con garantía hipotecaria, lo más destacable de este tipo de préstamos, es que el dinero estará respaldado por un bien inmueble (casa, apartamento, finca), que siempre estará dispuesto a subsanar la obligación que con él se constituye.

Si el deudor no abona los intereses en el tiempo y forma pactados en el momento de la constitución del préstamo con garantía hipotecaria, se podrá iniciar el proceso de

exigencia de pago. En este tipo de préstamos la garantía está respaldada por un inmueble, no por una persona, por tanto, si el deudor vende el inmueble, aunque este se encuentre en manos de otra persona, sigue respaldando la obligación principal y se podrá llevar a cabo, el proceso de exigencia de pago sin inconvenientes.

Para que un particular realice este tipo de préstamos, es de vital importancia respetar que el máximo del importe a prestar, sea el resultado de calcular como máximo el 30% del avalúo catastral del inmueble que va a servir como garantía, este se puede verificar en el recibo predial del inmueble en cuestión, que es uno de los documentos que el futuro deudor tiene que presentar al futuro acreedor, para constatar que el inmueble reúne los requisitos para servir de garantía al préstamo que se solicita.

Por regla general este tipo de negocios suele ser tranquilo y sencillo, y no suele dar el más mínimo problema si se hace correctamente. No obstante, la razón por la que no debe de saltarse la regla de un máximo del 30% sobre el avalúo catastral, es porque debemos estar preparados en pro de salvaguardar nuestro dinero.

El acreedor particular, debe preparar los cálculos para el término de un año aproximadamente si el deudor se constituye en mora, y de aproximadamente dos años más de demora, entre el inicio del proceso de exigencia de pago, y el cobro efectivo del dinero que se adeuda. Por tanto, el inversor debe sumar el capital invertido, más los intereses que este genere durante este término de tiempo, y esta suma debe ser menor al 70% del avalúo catastral del inmueble. Todo este aspecto es muy importante porque el acreedor particular “inversor”, presta para ganar dinero, nunca para perderlo.

Hay una serie de medidas que son de vital importancia llevar a cabo antes de realizar este negocio: es imprescindible verificar la verdadera y real propiedad de la persona a quien se le presta el dinero, por lo cual no es suficiente la vista de la escritura pública, ya que esta solo muestra un contrato en un momento determinado sobre dicho inmueble, por tanto, es necesario solicitar el certificado de tradición del inmueble, ya que este es el que claramente indica la veracidad de dicha propiedad, es decir, el vínculo existente entre el que dice ser el propietario y el inmueble que será objeto de garantía, hay muchas personas que se dejan engañar por la vista de una escritura pública, cuando realmente una escritura pública, no dice nada que nos pueda dar certeza de que sea realmente el actual propietario del inmueble

También se debe tener en cuenta que existen grados, rangos en las hipotecas, establecidos según el tiempo en que cada acto ingrese al sistema en la oficina de registro de instrumentos públicos. Por lo cual, en el certificado de tradición se tiene que verificar que sobre el inmueble no esté vigente otra hipoteca, ya que en este caso la hipoteca que se quisiera realizar entraría en segundo o hasta tercer grado, lo que sin duda alguna desvirtuaría el indudable atractivo de este negocio. Es obviamente la hipoteca de primer grado la que prevalecerá en derecho sobre la de segundo y tercero.

Si se va a proceder a prestar dinero, obteniendo como garantía de pago del mismo un inmueble, lo mejor será verificar físicamente el inmueble, y es que esto que parece tan obvio, es fruto de algún quebradero de cabeza inesperado para gente con exceso de confianza, por esta razón en Colombia para este tipo de negocio se recomienda lo que se llama vulgarmente “hacer labores de vecindario”, esto es, el día que se va a ver físicamente el inmueble, se aprovecha para ir a la tienda de la esquina, tomarse un refresco y charlar con el tendero y obtener así algún tipo de información adicional que pueda resultar relevante.

Para el buen término de este negocio es fundamental adoptar como primera medida y más importante, el estar atento al registro de la escritura pública en la oficina de registro de instrumentos públicos, lo cual debe llevarse a cabo el mismo día y en el menor tiempo posible, pues de esto dependerá que la hipoteca en cuestión sea de primer, segundo o hasta tercer grado.

Esto es vital, porque existen personas inescrupulosas que en la mañana acuerdan con cierto acreedor la constitución de una hipoteca en cierta notaria, y por la tarde se encuentran con otro acreedor en otra notaria también constituyendo hipoteca, a las dos garantizándoles que no existe ninguna hipoteca anterior, y en el momento en que se registre (sistematice), la primera que ingrese al registro tendrá el primer grado, la otra automáticamente entrara en segundo grado.

Son cosas que pueden suceder y por eso se debe ser muy diligente, en el momento en que tan pronto se constituya escritura pública de hipoteca, tan pronto se dé el otorgamiento y la autorización por parte del notario, inmediatamente ingresarla a registro. Aunque las notarías prestan el servicio de presentarlas a registro, es más conveniente que lo haga el propio acreedor y así evitar posibles fraudes.

Una vez hecho el préstamo con garantía hipotecaria, se debe visitar periódicamente el inmueble, y observar que se encuentra en buen estado, que no esté ocurriendo nada extraño con él. En el caso de observar daños o un deterioro importante en el inmueble que constituye la garantía, se podrá iniciar el proceso de exigencia de pago, aunque el deudor se encuentre al día con la obligación.

También hay que estar atento al cumplimiento del pago de los intereses, en caso de que haya un retraso, se puede dar de margen unos pocos días después del acordado y comunicarse con el/los deudores, recordándoles el pago incumplido de la obligación. Es importante que los deudores estén conscientes de que se está muy al tanto del negocio.

Este negocio finaliza una vez que la cantidad prestada garantizada mediante hipoteca, es devuelta al acreedor, el proceso deberá terminar de la misma manera en que se constituyó, es decir, por escritura pública, mediante la cual, el acreedor con su firma, “que es el otorgamiento”, da su consentimiento de que el deudor se encuentra liberado de su obligación, y que por tanto se debe proceder a la cancelación de dicha hipoteca, también debe presentarse en la oficina de registro para su correspondiente inscripción de cancelación.

En el caso de que el deudor incumpla su obligación de pago, el acreedor puede acudir a la instancia judicial, para ejercitar la acción hipotecaria y obtener la realización de valor con la cual satisfacer su crédito.

4.2 Mitos comunes sobre las hipotecas

Mucha gente por desconocimiento de cómo funciona este tipo de negocio, cuando es un particular el que presta dinero con garantía hipotecaria, se hace eco de una serie de mitos que no tienen nada que ver con la realidad, estos mitos son por ejemplo: que con este negocio el acreedor busca quedarse con el inmueble que es puesto en garantía, y en principio este mito es falso, pues el derecho que gana el acreedor será el de persecución del inmueble, es decir, el de forzar su venta (sin importar si el inmueble ha sido transmitido), pero solo en el caso de que el deudor incumpla la obligación de pagar su deuda.

Ahora bien, si el importe de la obligación garantizada, corresponde o tiene paridad con el avalúo catastral o comercial del inmueble, y es del beneplácito del acreedor recibir el

inmueble en forma de pago, está será la única manera, pero mientras la deuda sea inferior al avalúo catastral de la casa, no es posible quedarse con el inmueble legalmente, salvo que deudor y acreedor llegasen a un acuerdo, en el que el acreedor tiene la obligación de dar al deudor, lo que exceda del valor de la deuda que tiene constituida.

Otro mito, es que con este negocio se puede ganar más del 10% mensual. En Colombia existe la figura de la “tasa de usura”, la cual indica el porcentaje anual máximo al que se podrá cobrar intereses por cualquier préstamo, que en el primer trimestre del 2020 es del 28,16%. Este es el máximo interés anual al que se puede aspirar legalmente, es sin duda alguna, uno de los negocios más rentables actuando siempre desde la legalidad.

Por todo lo anterior, aparte de dejar clara la diferencia entre hipoteca “crédito hipotecario”, y préstamo con garantía hipotecaria, también ha quedado reflejada, la función económica y social que cumple en Colombia el préstamo con garantía hipotecaria llevado a cabo por particulares, puesto que las entidades financieras tienen muy restringido el acceso al crédito, bien sea hipotecario o al consumo, y una gran parte de la población necesita de préstamos como estos para financiar determinados proyectos y pequeños negocios.

4.3 Hipoteca abierta o sin límite de cuantía

Un aspecto importante a tener en cuenta es la cuantía que puede respaldar la hipoteca, podría pensarse que la hipoteca prevista en el ordenamiento civil colombiano, conforme al art. 2455 C.C.⁴⁹, debería tener establecido una cuantía determinada, para poder aplicarle en los casos que sea constituida como garantía indeterminada, la reducción que prevé dicha norma, lo que iría en contra de la constitución de las hipotecas abiertas y sin límite de cuantía.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de fecha 1 de julio de 2008⁵⁰, manifestó que es viable la constitución de hipotecas abiertas, es decir, aquellas que respaldan obligaciones presentes y futuras, con fundamento en el art. 2438 C.C., la

⁴⁹ Artículo 2455 C.C. Limitación de la hipoteca. “La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente, pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto, de la obligación principal, aunque así se haya estipulado. El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda”.

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 1 de julio de 2008. Expediente 2001-00803-01.

hipoteca podrá “*otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda*”, y por el lado de las hipotecas con cuantía indeterminada, consideró que era perfectamente viable, según lo dispuesto en el art. 2455 C.C., “*la hipoteca podrá limitarse a una determinada suma*”, esto sin duda pone de manifiesto, que es voluntad de las partes pactar su determinación.

Al respecto, dijo la Corte Suprema en la Sentencia comentada: “en nuestro ordenamiento jurídico, por ende, no es menester ni la preexistencia ni la determinación de las obligaciones principales a la constitución de la garantía, desde luego que la prestación futura es indeterminada en su existencia y cuantía, aunque determinable al instante de su cumplimiento y ejecución, según corresponde a su función práctica o económica social”, y concluyó con lo siguiente: “al decir el artículo 2455 C.C., que “*la hipoteca podrá limitarse a una determinada suma*”, sienta la regla general de la indeterminación y la excepción de la limitación en su importe, o admite la posibilidad de restringirla o no a una suma concreta”.

Con base en este pronunciamiento de la Corte Suprema, puede concluirse que la hipoteca puede tener existencia jurídica autónoma e independiente, sin necesidad de que al momento de su otorgamiento exista una obligación principal, y sólo al momento de su ejecución es que habría que demostrar la existencia de una obligación principal.

Siguiendo la idea de la Corte Suprema, la naturaleza de la hipoteca tiene dos momentos: el primero de ellos, es que en el momento de su constitución, la hipoteca es una garantía autónoma, que no requiere de la existencia de una obligación principal, y el segundo momento, es que para su ejecución, debe perder el ropaje de garantía autónoma y convertirse en garantía accesorio, toda vez, que si no se demuestra la existencia de la obligación principal incumplida, no será procedente su ejecución.

En el mercado económico colombiano, las prácticas comerciales han dado paso a la hipoteca abierta sin límite de cuantía, por la cual la garantía cubrirá obligaciones futuras (hipoteca abierta), independientemente de la cuantía que estas obligaciones alcancen. En esta modalidad de hipoteca debe considerarse, que el límite de la garantía será el valor máximo del inmueble hipotecado.

V. Patrimonio de familia inembargable y afectación a vivienda familiar

5.1 Consideraciones generales

5.1.1 Definiciones, finalidad y diferencias existentes entre el patrimonio de familia inembargable y la afectación a vivienda familiar en Colombia

Para empezar, es relevante plasmar las definiciones de estas figuras para poder entender la dimensión y repercusión social que alcanzan en la cultura colombiana.

Patrimonio de familia: aunque hay diversas definiciones sobre el significado del patrimonio de familia⁵¹, con base en la Sentencia C-317/2010 de la Corte Constitucional de Colombia, “se puede establecer en general que es un conjunto de bienes inembargables para llenar las necesidades económicas de una familia, fundamentalmente la vivienda, la alimentación y en algunos casos los utensilios de trabajo, e incluso el automóvil que se garantizan y salvaguardan contra los acreedores, para el desarrollo y el soporte económico de la familia ante eventuales riesgos y situaciones críticas como quiebras o crisis económicas”⁵².

La finalidad del patrimonio de familia es la de dar estabilidad y seguridad al grupo familiar en su sostenimiento y desarrollo, salvaguardando su morada, techo y los bienes necesarios para su supervivencia⁵³, “acorde con el Principio de la Dignidad Humana, definida esta como la condición del hombre en cuanto entidad ontológica y jurídica, caracterizada por entrever condiciones inherentes, deducidas de su superioridad y racionalidad frente a las demás situaciones, condiciones o posiciones naturalísticas propias del desarrollo material de los fenómenos físicos y biológicos. (El hombre como entidad prevalente)”⁵⁴.

⁵¹ RODRÍGUEZ HERRERA, C. E., “*Patrimonio de Familia Inembargable y Afectación a Vivienda Familiar*”. Editorial. Ibáñez. Bogotá. 2019. Pág. 21. Dice Rodríguez herrera por ejemplo que: “Es la protección de aquellos bienes inembargables, pertenecientes a la familia para su sostenimiento, en especial, la vivienda destinada al grupo familiar, que le permitan vivir en condiciones dignas”.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-317 de 2010. De 5 de mayo de 2010. Magistrado ponente. Nelson PINILLA PINILLA disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-317-10.htm>.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ RODRÍGUEZ HERRERA, C. E., loc. cit. Págs. 21-22.

“La vivienda trasciende los muros de concreto, refleja aspectos sociales y culturales, significa valores, células primigenias-ancestrales”. “La vivienda es el principal factor de movilidad social, es considerada un bien vital para el desarrollo de las personas”⁵⁵.

Considerando todo lo anterior, y con el fin de cumplir con el bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico colombiano (tratados y convenios internacionales), que reconoce los derechos humanos, el legislador ha implantado paulatinamente en el ordenamiento civil, un conjunto de leyes dirigidas a la protección de esta institución familiar.

El patrimonio de familia se encuentra regulado por la Ley 70 de 1931, tiene por objeto establecer una salvaguarda económica al grupo familiar, para constituir patrimonio de familia sobre un inmueble este no debe superar el valor de 250 salarios mínimos mensuales vigentes⁵⁶, no se puede establecer sobre un inmueble constituido con anticresis, hipoteca, censo, o que se encuentre embargado.

“Si el legislador está facultado para establecer el patrimonio familiar, es obvio que tiene atribución para consagrar reglas específicas sobre aspectos patrimoniales que importan sustancialmente a la familia, como la vivienda, con el objeto de brindarle una protección acorde con los postulados constitucionales. Y, desde luego, puede también señalar las características y consecuencias que en el mundo del derecho tiene la decisión de erigir determinados inmuebles en patrimonio de familia, así como la concreta de establecer sobre bienes inmuebles, el gravamen de su destinación a vivienda familiar. Y, por supuesto, será igualmente la ley la que defina, en cuanto a tal patrimonio, el ámbito jurídico y la cobertura de las notas de inalienabilidad e inembargabilidad”. (Sentencia T-076/2005)⁵⁷.

El patrimonio de familia es, por tanto, una figura jurídica creada para proteger el patrimonio de la familia, especialmente la vivienda, evitando que sea embargada por alguna deuda en cabeza del propietario. El patrimonio de familia no tiene por finalidad

⁵⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, artículos 10 y 11 aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1969 y en vigor el 03 de enero de 1976 de conformidad con el artículo 27.

⁵⁶ Lo equivalente en España serían unos 56.000€ con la tasa de cambio actual, pero para entender lo que supone allí, es comparable con una cantidad aproximada de 250.000€.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-076/05. De 2 de febrero de 2005. Magistrado Ponente. Rodrigo ESCOBAR GIL. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-076-05.htm>

protegerse a sí mismo, sino a la familia, es decir, el cónyuge, hijos y de forma excepcional a nietos y hermanos, por tanto, es natural que, si una persona no tiene ninguno de los familiares anteriores, no pueda constituir patrimonio de familia.

El patrimonio de familia se constituye mediante escritura pública, se realiza por lo general de forma voluntaria, sin embargo, se consagra por ministerio de la ley, cuando se trata de vivienda de interés social (VIS)⁵⁸, salvaguardia que ha sido regulada mediante las leyes 91 de 1936 (20 de abril), 9 de 1989 (11 de enero) y 3 de 1991 (15 de enero).

Afectación a vivienda familiar: esta figura se encuentra regulada en la Ley 258 de 17 de enero de 1996, su art. 1 dispone: “*entiéndase afectado a vivienda familiar el bien adquirido en su totalidad por uno o ambos cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, destinado a la habitación de la familia*”. En virtud de esta limitación, dichos bienes no pueden ser transferidos o gravados sino con el consentimiento de la pareja. Sin importar si el mismo fue comprado por uno o ambos. El efecto principal de la afectación a vivienda familiar es la inembargabilidad del inmueble calificado como tal⁵⁹. En la legislación colombiana esta figura es conocida como de la “doble firma”⁶⁰.

Con respecto a esta figura, el máximo Tribunal constitucional en Sentencia T-076/2005⁶¹ expresó: “del conjunto normativo previsto en las Leyes 258 de 1996 y 854 de 2003, se puede extraer una noción de afectación a vivienda familiar, conforme a la cual ésta consiste en el gravamen o limitación que se constituye sobre el derecho de dominio de un bien inmueble, adquirido en su totalidad por uno o ambos cónyuges o compañeros permanentes, antes o después de la celebración del matrimonio o de la unión que haya perdurado al menos dos (2) años, y que se encuentra destinado para beneficio exclusivo de la habitación familiar, el cual a partir de su constitución adquiere el carácter de

⁵⁸ Artículo 60 ley 90 de 1989. “*En las ventas de viviendas de interés social que hagan entidades públicas de cualquier nivel administrativo y entidades de carácter privado, los compradores deberán constituir, sin sujeción a las formalidades de procedimiento y cuantías que se prescriben en el Capítulo 1 de la Ley 70 de 1931, sobre lo que compran, patrimonios de familia no embargables, en el acto de compra, por medio de la escritura que la perfeccione en la forma y condiciones establecidas en los artículos 2, 4 y 5 de la Ley 91 de 1936.*”

El patrimonio de familia es embargable únicamente por las entidades que financien la construcción, adquisición, mejora o subdivisión de la vivienda”.

⁵⁹ RODRÍGUEZ HERRERA, C. E., loc. cit. Pág. 78.

⁶⁰ Ley 258 de 1996, art. 3°. En otras palabras, que el bien inmueble objeto de protección sólo puede enajenarse o ser objeto de gravamen si cuenta con el consentimiento libre de ambos cónyuges o compañeros permanentes expresado con su firma.

⁶¹ Vid. SCC. T-076/05 de 2 de febrero de 2005.

inalienable e inembargable, salvo que por el consentimiento del otro cónyuge, o en general, previo levantamiento judicial, se proceda a su cancelación”.

“Sin embargo, más allá de las personas que se encuentran legitimadas para constituir la afectación a vivienda familiar sobre un bien inmueble, lo cierto es que se trata de una institución jurídica que cumple un objetivo constitucional preciso, cual es permitir que la familia disponga siempre de un lugar de habitación, para asegurar, por un lado, el desarrollo armónico e integral de los hijos (art. 44 C.P.) y por el otro, la preservación de los deberes de cuidado y auxilio mutuo, que surgen de la decisión libre y responsable de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o de cohabitar juntos (art. 42 C.P.)”⁶².

Por regla general, la figura de la afectación a vivienda familiar se constituye por decisión voluntaria mediante escritura pública otorgada por ambos cónyuges o compañeros permanentes, o conforme al procedimiento notarial o judicial fijado en la ley para cada caso. “para este propósito, es indispensable demostrar que el inmueble no se posee con otra persona proindiviso (salvo que el bien sea propiedad de ambos cónyuges o compañeros permanentes), y que el inmueble se encuentra o será destinado a la habitación del núcleo familiar”⁶³.

En este orden de ideas, el artículo 2 de la Ley 258 de 1996, establece que la constitución de la afectación a vivienda familiar opera por ministerio de la ley respecto a las viviendas que se adquieran con posterioridad a la vigencia de la presente ley, e igualmente que los inmuebles obtenidos antes de la presente ley podrán afectarse a vivienda familiar mediante escritura pública otorgada por ambos cónyuges, o conforme al procedimiento notarial o judicial que establezca la presente ley.

Resulta evidente que hay similitud entre estas dos figuras jurídicas, fundamentalmente que las dos tienen como función la protección del patrimonio familiar, lo que origina confusión en la gran mayoría de personas que tienden a confundirlas entre sí.

Por lo anterior, es necesario resaltar las características de cada una, para diferenciarlas, si bien las dos figuras persiguen un mismo objetivo hay diferencias relevantes que tanto la

⁶² Artículo 42. Constitución Política de la República de Colombia. “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable”. Disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html#44

⁶³ RODRÍGUEZ HERRERA, C. E., loc. cit. Pág. 79.

Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como el Máximo Tribunal Constitucional han resaltado en las Sentencias 0043301 del 25 de febrero de 2009⁶⁴, Sentencia T-076/2005 de 2 de febrero de 2005 y Sentencia C-107/17 de 22 de febrero de 2017⁶⁵ respectivamente:

- “Mientras el patrimonio de familia tiene por objeto establecer una salvaguarda económica al grupo familiar, la afectación a vivienda familiar está dirigida a impedir la tradición del inmueble sin que medie el consentimiento de ambos cónyuges o compañeros. Con todo, la afectación a vivienda familiar también incorpora medidas de protección sobre el inmueble”.

- “Los dos instrumentos tienen el mismo objeto, esto es, el inmueble destinado a la vivienda familiar, y su contenido es similar, pues generan la inembargabilidad de dicho bien, dejándolo a salvo de las acciones de los acreedores de su propietario. Adicionalmente, para el caso de la afectación de vivienda familiar, se confiere al cónyuge o compañero no propietario una herramienta para oponerse a la disposición del inmueble por parte de su pareja. Con todo, ambas figuras están destinadas a la protección del derecho a la vivienda digna de los integrantes de la familia”.

- “La afectación a vivienda familiar, en los términos de la Ley 258 de 1996, operaba exclusivamente cuando el bien inmueble ha sido adquirido en su totalidad por uno de los cónyuges o compañeros, con anterioridad a la celebración del matrimonio o la conformación de la unión marital de hecho, según el caso. No obstante, con la reforma introducida por la Ley 854 de 2003, la afectación a vivienda familiar también puede realizarse cuando se trate de un bien adquirido por ambos cónyuges, de modo que la figura se asimila en ese sentido al patrimonio de familia. Con todo, esta última institución tiene un margen más amplio sobre el particular, pues también puede constituirse el patrimonio de familia respecto del bien de un tercero, mediante donación entre vivos o por asignación testamentaria”.

- “Adicionalmente, mientras la Ley 258 de 1996 consagra mecanismos consensuales y judiciales para el levantamiento de la afectación de vivienda familiar, la regulación del patrimonio de familia consagra la inembargabilidad e impide que el consentimiento del

⁶⁴ CORTE SUPREMA. Sala de lo Civil. Sentencia. 0043301. De 25 de febrero de 2009. Magistrado Ponente. Pedro Octavio MUNAR CADENA. Disponible en:

<https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/sentencia-suprema-justicia-sala-civil-57725238>

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-107/17. De 22 febrero de 2017. Magistrado Ponente. Luis Ernesto VARGAS SILVA. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-107-17.htm>

beneficiario extinga esa salvaguarda. En cambio, lo que se dispone es la permanencia de la protección hasta que los hijos a favor de quienes se haya constituido lleguen a la mayoría de edad y/o hayan fallecido ambos cónyuges o compañeros”.

- “Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de enajenación del bien, ambos institutos jurídicos tienen una regulación similar, aunque en el caso del patrimonio de familia también se exige para dicha operación el consentimiento de los hijos menores, representados mediante curador. La afectación a vivienda familiar, a su vez, ofrece un grado de protección menos intensa y de tipo indirecto a favor de los menores de edad. En efecto, según lo dispone el artículo 4º de la Ley 258 de 1996, la afectación a vivienda familiar se extingue de pleno derecho ante la muerte real o presunta de uno o ambos cónyuges, exceptuándose el caso en que los menores que estén habitando el inmueble soliciten judicialmente que se conserve la salvaguarda, la cual podrá mantenerse hasta que lleguen a la mayoría de edad”.

- “El valor del bien que quiera constituirse como patrimonio de familia no debe superar el valor de doscientos cincuenta salarios mínimos mensuales vigentes; para la afectación de un bien inmueble a vivienda familiar no se establece ningún valor mínimo”.

- “Puede constituirse el patrimonio de familia sobre otros bienes inmuebles siempre y cuando no se supere el valor de doscientos cincuenta salarios mínimos vigentes; solo se puede afectar un bien a vivienda familiar”.

- “No puede constituirse patrimonio de familia sobre un bien inmueble sobre el que se haya constituido anticresis o que se encuentre embargado; en la afectación a vivienda familiar es posible que antes de que esta se constituya el bien haya estado hipotecado con anterioridad”.

- “Un bien inmueble constituido como patrimonio de familia es inembargable; pero existe un solo caso en que el inmueble puede ser embargado, y lo es respecto al acreedor hipotecario que financió la adquisición o construcción de la vivienda, en la afectación a vivienda familiar, por regla general el bien es inembargable, pero se podrá embargar cuando sobre el inmueble se hubiere constituido hipoteca con anterioridad al registro de la afectación a vivienda familiar, y cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda.

- “El patrimonio de familia se puede constituir a favor de una familia de esposos o compañeros permanentes y sus hijos menores de edad, que estén entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad; en la afectación a vivienda familiar los beneficiarios son los cónyuges o compañeros permanentes”.
- “El patrimonio de familia subsiste después del divorcio, a favor del cónyuge sobreviviente aun cuando no tenga hijos, muertos ambos cónyuges subsiste a favor de los hijos menores; la afectación de vivienda familiar se extingue por la muerte de uno o ambos cónyuges”.
- “El patrimonio de familia no puede ser hipotecado ni gravado de ningún modo, en cambio un inmueble con afectación a vivienda familiar sí puede ser hipotecado con la firma de los dos cónyuges”.

A modo de resumen, la Corte Constitucional continúa diciendo: “Así mientras que por ejemplo el patrimonio de familia evita que un tercero haga valer sus pretensiones económicas por encima del derecho a la vivienda digna de los miembros de la familia; la afectación a vivienda familiar impide que uno de sus miembros, en concreto, uno de los cónyuges o compañeros permanentes, ponga al otro y a sus hijos en situación de abandono”⁶⁶.

“Como puede advertirse, la afectación a vivienda familiar es una institución que también desarrolla la protección que el constituyente concibió para la familia y que se concentra sobre el bien inmueble que utiliza como morada. No obstante, a diferencia del patrimonio de familia, que se orienta a proteger la casa de habitación para ponerla a salvo de las pretensiones económicas de terceros, la afectación a vivienda familiar tiene por finalidad proteger al cónyuge no propietario y a sus hijos de los actos de disposición del cónyuge propietario”.

“El legislador tuvo en cuenta que la venta o constitución de gravámenes sobre la casa de habitación por parte del cónyuge o compañero propietario, era una práctica que frecuentemente dejaba desamparado al cónyuge no propietario y a sus hijos pues por

⁶⁶ Vid. SCC. T-076/2005 de 2 de febrero de 2005.

desavenencias familiares, aquél luego se desentendía del deber que le asistía de procurar para éstos un lugar de habitación”⁶⁷.

Termina diciendo el Tribunal constitucional. “Como se observa, si bien ambas figuras guardan algunas similitudes en cuanto a su objeto, beneficiarios y concesión de inembargabilidad al inmueble que sirve de vivienda a la familia, también tienen diferencias, las cuales le confieren carácter autónomo a cada mecanismo”. “Lo que debe resaltarse sobre esta materia es que tanto el patrimonio de familia como la afectación de vivienda familiar suponen para su aplicación la presencia de una pareja, vinculada a través de matrimonio u unión marital de hecho, o la comprobación de un vínculo filial directo entre padres e hijos”⁶⁸.

También es preciso aclarar, que sobre un mismo bien no puede constituirse patrimonio de familia y afectación a vivienda familiar, son excluyentes, aunque las dos figuras tienen igual finalidad: proteger a la familia para que conserven un bien en el cual se puedan desarrollar como tal.

5.1.2 La ausencia de protección del patrimonio familiar en España

A nivel mundial el Patrimonio de familia ha sido calificado de varias maneras; a modo de ejemplo; en Estados Unidos que es donde se sitúa su origen más próximo se denomina homestead exemption, que durante el siglo XIX empieza a convertirse en una figura que salvaguarda y protege la vivienda familiar contra los acreedores. En Francia, Argentina, Brasil y Uruguay recibe el nombre de “Bien de familia”, en Alemania⁶⁹ “Ayuda social y vivienda”, en Chile como “Institución de los Bienes Familiares”⁷⁰, en México y Perú se conoce como “Patrimonio familiar”⁷¹, en suiza como “Asilo de familia”, en Portugal

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-560 de 2002. De 23 de julio. Magistrado Ponente. Jaime CORDOVA TRIVIÑO. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-560-02.htm>

⁶⁸ Vid. SCC. C-107/17 de 22 febrero 2017.

⁶⁹ Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

⁷⁰ Disponible en: <http://www.derecho-chile.cl/bienes-familiares/>

⁷¹ ZABALA PÉREZ, Diego H., “*Derecho de Familia*”, México, Ed. Porrúa, 2008. Pág. 429. Dice Zabala Pérez por ejemplo que: “La expresión ‘patrimonio familiar’ nos da la idea de un mínimo de bienes correspondientes a una familia, protegidos por el derecho, otorgándoles las características de inalienabilidad, inembargabilidad y sin posibilidad de ser gravados”.

como “Casal familiar”, en Venezuela como “Hogar de familia”, en Italia como “Fondo patrimoniale”, y en Colombia como “Patrimonio de Familia”.

Para otro sector de la doctrina, se considera que dicha figura es mucho más antigua y establecen sus antecedentes en el derecho hebreo, en el derecho romano, en el derecho medieval español y en las figuras de la zadruga en Bulgaria y el mir de Rusia.

Desde su génesis próxima, la figura Homestead Exemption se estableció por primera vez en el Estado de Texas, en donde se promulgó la Ley de enero 26 de 1839, que establecía que el domicilio de un ciudadano y su familia quedaba exento de ser embargado si se declaraba ante la autoridad. La inembargabilidad, sin embargo, tenía límites respecto a los bienes rurales que no podían tener una extensión mayor de 50 acres y respecto a los bienes urbanos que no podían superar el valor de \$500 dólares y un mobiliario cuyo valor no fuera mayor de \$ 200 dólares. El exceso de esos valores podía ser embargable. En cuanto a los bienes rurales, no se podían embargar los instrumentos necesarios para el cultivo, 5 vacas y dos yuntas⁷².

Esta legislación tuvo aceptación en la gran mayoría de los Estados de la Unión Americana durante el siglo XIX y principios del XX con distintas regulaciones. Así, por ejemplo, en el Estado de Mississippi se estableció en 1841 el *Homestead Exemption* de la siguiente manera: 160 acres en predio rural y \$500 dólares en los predios urbanos. En el mismo año, en el Estado de Georgia con la llamada “*Poor man’s law*” reguló el *Homestead Exemption* estableciendo que no se podían embargar los bienes rurales no mayores a 25 acres, pero se concedían 5 acres adicionales por cada hijo⁷³. En cuanto a los bienes urbanos el tope máximo de inembargabilidad varió de estado en estado, pero fue en Arizona (1864), Nevada (1865) y Oklahoma (1907) en donde se estableció la cuantía tope más alta de \$5.000 dólares respecto a los bienes urbanos.

En la actualidad la regulación del *Homestead Exemption* depende de cada estado en particular. Así, por ejemplo, en Texas y en Florida, no se tiene monto alguno con relación al valor del bien inmueble destinado a vivienda, mientras que en otros estados se establece

⁷² AGUILAR LLANOS, Benjamín, “Patrimonio Familiar”, en: *ÁmbitoJurídico.com.br*. disponible en: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=667

⁷³ GOODMAN, Paul, “The Emergence of Homestead Exemption in the United States: Accommodation and Resistance to the Market Revolution, 1840-1880”. *The Journal of American History*, Vol. 80, No. 2 (Sep 1993). Pág. 472.

un monto del bien inmueble que se salvaguarda de los acreedores. Solo en dos estados, Pennsylvania y Rhode Island, no se contempla dicha garantía⁷⁴.

Se hace evidente que, a lo largo de la historia, en muchos ordenamientos ha latido la necesidad de diseñar mecanismos que salvaguarden determinados bienes pertenecientes a los miembros de la familia, con objeto de atender las necesidades de éstos, y protegerlos de los riesgos que implica la realización de una actividad económica. La crisis económica que atravesó España en el año 2008 puso de relieve esta cuestión, dado que se cebó con un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual. El principio de responsabilidad patrimonial universal, por virtud del cual el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 C.C.), solo encuentra en el Derecho español un freno en el patrimonio inembargable, de muy escasa dimensión tal y como contemplan los arts. 605 y ss. LEC⁷⁵.

Según el Eurobarómetro de la Comisión Europea del año 2012⁷⁶, cuando España aún estaba sumida en plena crisis económica, preguntados los ciudadanos de la UE acerca de cuáles eran sus temores ante la decisión de iniciar una actividad económica por cuenta propia, el 55% de los encuestados españoles respondieron el riesgo a la pérdida de la vivienda, el 45%, el riesgo de insolvencia. El hecho de que el fracaso empresarial esté castigado con la pérdida total del patrimonio presente y futuro es antieconómico porque amputa la iniciativa empresarial y alimenta la economía sumergida.

En otros ordenamientos han sido conscientes de la importancia de dotar de mayor amplitud al patrimonio inembargable, bien legalmente o bien a través de un acto de voluntad autorizado legalmente. Se trata de proteger y garantizar un soporte económico que permita el adecuado desarrollo de los miembros integrantes de la familia. Con esta finalidad el Derecho comparado nos ofrece distintos modelos de protección cuyo estudio presenta indudable interés pues España carece de una regulación al respecto, a pesar de que constitucionalmente está protegida la familia y el derecho a la vivienda.

Cuando se habla de patrimonio familiar en ningún caso se está haciendo referencia a un patrimonio perteneciente a la familia, pues ésta no tiene personalidad jurídica y tampoco

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>

⁷⁶ Flash Eurobarometer n.º 354, *Entrepreneurship in the EU and beyond*. Agosto 2012. Disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_354_sum_en.pdf

se trata de bienes comunes de los cónyuges e hijos. Se refiere más bien a un patrimonio de destino, al margen de quien sea el concreto titular de los bienes que lo integran, y su particularidad radica en que está adscrito al objetivo de atender las necesidades de la familia. Se distingue, pues, del resto del patrimonio por su función.

Es necesario analizar la experiencia acumulada en otros ordenamientos en este terreno, la última crisis financiera vivida en España ha evidenciado carencias importantes en el sistema jurídico español privado, que han provocado la condena a la exclusión social de un segmento importante de la población. A veces las crisis tienen efectos positivos: invitan a reflexionar y a corregir deficiencias que favorecen el progreso jurídico⁷⁷.

Un intento en España infructuoso es la figura del empresario de responsabilidad limitada creada por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización (en adelante LE). Esta figura es creada para que las personas físicas puedan evitar, que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales afecte a su vivienda habitual bajo determinadas condiciones. Con figuras como estas, es evidente que el propio legislador es consciente de la ausencia de una protección eficaz, y la importancia que la solución a tal problema tiene en el estímulo del espíritu emprendedor que se pretende. El diagnóstico es sin duda correcto. Otra cosa es la solución adoptada⁷⁸.

El valor de la vivienda no debe superar el límite máximo que se establece (art. 8.2 LE), y la exención debe tener reflejo registral, tanto en el Registro Mercantil como en el Registro de la Propiedad. No hay protección de la vivienda cuando se trata de crédito público, tal y como se desprende de la disposición adicional primera LE. Debe tratarse de vivienda habitual del deudor, sin que se brinde un concepto de la misma, lo cual plantea problemas de delimitación⁷⁹.

Es tan restrictivo el régimen, que cabe cuestionar la propia denominación de la figura porque induce a confusión: sólo se protege (y muy limitadamente) la vivienda habitual, y parece que se crea un patrimonio de destino cuando en realidad se pretende una “no

⁷⁷ CUENA CASAS M, “*Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado*”. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/34807/1/Mecanismos%20protección%20publicado.pdf>

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Cfr. CUENA CASAS, M, «Vivienda habitual de la familia y Registro de la propiedad», Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa / coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, 2013, ISBN 978-84-9031-271-1, págs. 1263-1280.

sujeción” de un bien al cumplimiento de determinadas deudas, por acto unilateral del propietario.

Con todo y como se puede apreciar de esta somera referencia al régimen del emprendedor de responsabilidad limitada, es evidente su carácter restrictivo por las razones apuntadas, lo que justifica el fracaso de la figura; hasta la fecha, pocos empresarios se han acogido a este régimen. España está muy lejos de los países de nuestro entorno.

La vivienda no goza en España de una protección legal, ni tampoco la ley permite una especialización de la responsabilidad patrimonial universal, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos. Si a ello le unimos la ausencia de un efectivo régimen de segunda oportunidad en el procedimiento concursal para la persona física insolvente, la conclusión que cabe denunciar, es el retraso normativo que España presenta respecto de instrumentos legales que estimulen la iniciativa empresarial. Aunque el Real Decreto Ley 1/2015 de 27 de febrero mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que reforma la Ley Concursal (LC), ha mejorado la regulación de la exoneración del pasivo pendiente para la persona física insolvente, respecto de la contenida en la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la norma vigente (art. 178 bis LC) sigue siendo muy restrictiva⁸⁰.

La posibilidad de que con base en la autonomía de la voluntad se pueda crear un patrimonio de destino fuera de los estrechos márgenes del negocio fiduciario, es inexistente en el Derecho español. El principio de responsabilidad patrimonial universal no parece que pueda ser objeto de una especialización fuera de los instrumentos que expresamente prevé la ley, mediante la creación de nuevos sujetos de Derecho (fundaciones, sociedades de capital), patrimonios de destino familiar y, en particular, la vivienda no goza en España de una protección legal, ni tampoco la ley permite una especialización de la responsabilidad patrimonial universal, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos.

La regulación general del *trust* (como se denomina en Italia al instrumento que resulta más adecuado para la protección de los intereses familiares, puesto que el fondo patrimoniale tiene ciertas limitaciones), puede ser en España una opción de política

⁸⁰ Cfr. CUENA CASAS, M, “¿Una segunda oportunidad?”. El Notario del siglo XXI, “*La insolvencia de la persona física*”, en El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores, coordinado por A. Campuzano y E. Sanjuán, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 115 y ss.

legislativa⁸¹, que dé mayor flexibilidad en la creación de patrimonios separados para atender a fines familiares dignos de tutela como es, por ejemplo, la protección del patrimonio familiar, estableciendo adecuados mecanismos de control, en parecidos términos a los regulados en los últimos años en Francia. Sin duda es necesario defender que se prevea la posibilidad de crear un patrimonio separado *ad hoc* para atender las necesidades familiares con efectos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial universal.

En España queda mucho camino por recorrer en esta materia. Basta con observar lo que sucede en el Derecho comparado colombiano o en ordenamientos del entorno cercano (Francia, Italia, Alemania, Portugal...), que tienen regulada la protección del patrimonio familiar, lo que pone de manifiesto la práctica desprotección de la vivienda familiar en España, a pesar de los distintos instrumentos hábiles que existen.

Es necesario que España regule la protección de un Patrimonio familiar, adscribiéndolo a la satisfacción de las necesidades de la familia, aislándolo de las consecuencias del fracaso de una actividad profesional o empresarial, sin los riesgos de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica.

⁸¹ En este sentido, CAMARA LAPUENTE, S, “Trust y patrimonios fiduciarios: acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación”, Diario La Ley núm. 76785, 2011. ARROYO I AMAYUELAS, E, “Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad”, en El patrimonio familiar profesional y empresarial y sus protocolos, coordinado por M. Garrido Melero y JM Fugardo Estivill, Barcelona, 2005, pág. 629.

VI. Constitución de la hipoteca

6.1 Requisitos

6.1.1 Escritura pública e inscripción registral

La constitución del contrato de hipoteca debe cumplir ciertos requisitos legales para que se produzca su nacimiento y pueda desplegar todos los efectos civiles que le son propios, el primero de ellos es un requisito solemne, esto es, la constitución ha de realizarse mediante escritura pública como dispone el art. 2434 C.C. *“La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede”*. El segundo es un requisito formal, contemplado en el art. 2435 C.C. *“La hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción”*.

Dentro del sistema registral colombiano, no basta la celebración del contrato de hipoteca para que surja el derecho real de la misma. En efecto, de conformidad con lo que dispone el artículo 2435 del C.C., el título hipotecario debe ser inscrito en el folio de matrícula del inmueble dentro de la oportunidad prevista en la ley; el Código considera dicha inscripción como una especie de tradición (art. 756 C.C.), *“Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca.”* y, es así, como la inscripción cumple una función constitutiva respecto del derecho real de hipoteca, además de la función propia de publicidad que se traduce en la oponibilidad *erga omnes*, nota fundamental del derecho real.

El registro de la hipoteca es de resaltar como ejemplo de solemnidad constitutiva, a la vez que de oponibilidad. En efecto, la celebración de la hipoteca exige escritura pública, la cual ha de ser inscrita en el registro de instrumentos públicos correspondiente donde radique el inmueble, y dentro de los noventa días siguientes a la fecha de la escritura (art. 28 Ley 1579 de 2012)⁸², pues de lo contrario “no tendrá valor alguno” so pena de invalidez y no hay que olvidar que la fecha de la inscripción es el punto de partida de la

⁸² Artículo 28. Ley 1579 de 2012. *“La hipoteca y el patrimonio de familia inembargable sólo podrán inscribirse en el registro dentro de los noventa días siguientes a su otorgamiento”*.

oponibilidad del gravamen, ósea que este acto es a la vez una solemnidad constitutiva del contrato de garantía y de publicidad del mismo.

Los ordenamientos jurídicos conocedores de la necesidad de dar a conocer al público en general, es decir, a los interesados la celebración de determinados negocios jurídicos o el estado de ciertos derechos, disponen de oficinas de registros públicos, en los cuales se han de inscribir los actos de constitución, transmisión o de gravamen, de modo que una vez producida la correspondiente inscripción, nadie pueda ignorar la existencia del hecho, y el detalle de que esa inscripción le vuelve universalmente oponible, sin embargo mientras no se produzca esa inscripción los terceros pueden ignorarlo legítimamente, es decir, ignorar su existencia.

De todos los principios registrales el más destacable es el Principio de Prioridad o Rango (art. 3.c Ley 1579 de 2012), el cual establece que *“el acto registrable que primero se radique, tiene preferencia sobre cualquier otro que se radique con posterioridad, aunque el documento haya sido expedido con fecha anterior”*. De esto se desprende que el acreedor que primero inscriba su derecho es el que tendrá todos los privilegios que el mismo le confiere, y si se diera el impago de la obligación por parte del deudor, tendrá preferencia absoluta para cobrar su deuda con la ejecución del bien en el caso de concurrir con otros acreedores.

El régimen de publicidad que otorga la inscripción de un acto o negocio en la oficina de registro e instrumentos públicos obedece a las exigencias de seguridad, información, transparencia y confianza en la vida de los negocios. Su omisión en el peor de los casos se traduce en la inoponibilidad del acto a terceros, pero en nada afecta su eficacia entre las partes.

Un buen ejemplo de esta situación es la que regula el Código de Comercio colombiano en su artículo 1208⁸³, en relación con el contrato de prenda sin desplazamiento de la tenencia, el contrato es válido y totalmente eficaz entre las partes una vez suscrito el documento correspondiente, pero no es oponible a terceros sino a partir del día de su inscripción en el registro mercantil.

⁸³ Artículo. 1208. C. Co. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Formalidades y oponibilidad. “El contrato de prenda de que trata este Capítulo podrá constituirse por instrumento privado, pero sólo producirá efectos en relación con terceros desde el día de su inscripción”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

6.1.2 Prohibición del pacto comisorio y el ius distrahendi

El régimen judicial colombiano, como el resto de los países civilizados, repudia el llamado “pacto comisorio”, que los antiguos denominaron también “pacto pignoraticio”, o los quebrantamientos de la garantía del debido proceso.

La expresión “pacto comisorio” ha sido empleada por el régimen jurídico colombiano de manera equívoca, puesto que, el artículo 1935 del ordenamiento civil entiende por tal, una cláusula accesorio al contrato de compraventa según la cual, “*no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta*”, es decir, viene a constituir una estipulación expresa de la llamada condición resolutoria tácita, a la cual se refiere el art. 1546 del C. C.

Sin embargo, con apoyo en la raíz etimológica de la palabra, en la doctrina se entiende por pacto comisorio “Aquel que implique la posibilidad de que el acreedor se apodere de bienes de su deudor, de manera directa o indirecta, ejerciendo sobre ellos el llamado “comiso”, que hoy tiene una acepción especial en el terreno del derecho penal”, VALENCIA ZEA⁸⁴. Para DE PABLO CONTRERAS es la figura mediante la cual “Se conoce el acuerdo contenido en el contrato de hipoteca por el que el hipotecante se compromete, en caso de incumplimiento por el deudor -que puede ser el mismo o un tercero- de la obligación garantizada, a transmitir al acreedor hipotecario el dominio del inmueble que hubiera sido hipotecado”⁸⁵.

El ordenamiento jurídico colombiano establece la prohibición del pacto comisorio. Con otras palabras, el apremio del deudor, sus carencias o limitaciones económicas, o, en el mejor de los casos, su falta de liquidez, son factores que no pueden incidir al momento de determinar el alcance de los derechos del acreedor sobre los bienes objeto de prenda e hipoteca.

El derecho de defensa constituye una garantía ciudadana de carácter irrenunciable, en la medida en que lleva envuelto el orden público, constituyendo uno de aquellos principios por los cuales la humanidad ha luchado durante siglos. Este derecho de defensa, conforme al régimen constitucional, no se limita a la existencia del proceso específicamente

⁸⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. “*Derecho Civil De las Obligaciones, tomo III*”. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1988. Pág. 423.

⁸⁵ DE PABLO CONTRERAS, Pedro., loc. cit, Pág. 19.

previsto, sino que se extiende a todas las formas propias de éste, a su “plenitud”, como expresa la norma.

La garantía del debido proceso en materia civil fue expresamente recogida por el art. 2417 C.C., en el cual se estableció que “*no se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia*”. Si la ley veda tomar precariamente, a título únicamente prendario, un bien del deudor contra su voluntad está claro que la prohibición de lo menos implica igualmente el rechazo de lo mayor, es decir, el acreedor no puede tampoco pagarse de manera directa sin el consentimiento del deudor y sin los trámites del debido proceso.

Al respecto señala la Corte Suprema de Justicia⁸⁶: “El emperador Constantino, guiado por las ideas tuitivas emergentes del cristianismo, quien prohibió esa particular expresión del pacto comisorio, justamente para proteger *humiliores*; pero al propio tiempo consideró de la esencia de la prenda el derecho a vender la cosa, según el caso, en la hipótesis de falta de pago (*ius distrahendi*), de modo que no fuera necesaria convención al respecto, como tampoco posible acuerdo en contrario”.

“Siglos después, en el marco del derecho medieval, a la prohibición de pactos comisorios así concebidos, se aparejó el rechazo a los llamados pactos pignoratícios, al punto que en las legislaciones civil y canónica se proscribió su procedencia”. Continúa la Corte diciendo: “El legislador aspira a equilibrar los intereses de las partes, de modo que las mayores o menores presiones que pudiera tener el prestatario que sufre “la dura ley de la necesidad”, y que se gestan en ciertos casos en atención a “la explotación de la miseria por la codicia” -a voces de la doctrina-, no puedan ser aprovechadas por el prestamista para obtener una ventaja que, en grado superior del que es pertinente, restrinja el libre ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes objeto de prenda”.

“Por eso la ley cerró el paso a toda posibilidad de acuerdo que, al tiempo de materializarse la pignoración, pudiera privilegiar la posición jurídica y económica del acreedor, en desmedro de un deudor compelido por sus propias restricciones”. Y también dice la Corte: “pero nada obsta para que, *a posteriori*, acreedor y deudor celebren acuerdos en virtud de los cuales aquel pueda hacerse al dominio de la cosa prendada o hipotecada, sin necesidad

⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 23302. De 29 de julio de 2005. Magistrado Ponente. Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO. Expediente. 110013103018-1993-20302-02.

de venta pública, ni de proceso judicial, o que el bien pignorado se enajene en forma privada por el deudor, para que el precio se aplique directamente al pago de la obligación”.

Ahora bien, en este punto cabe preguntarse si es constitucional la venta extrajudicial, la doctrina opina que sí, puesto que se trata de cláusulas libremente pactadas entre acreedor y deudor, la venta extrajudicial del inmueble hipotecado ante notario es una forma de satisfacer las expectativas tanto del deudor como del acreedor si ambos están de acuerdo, ahorrándose mutuamente el desgaste que conlleva el proceso ejecutivo.

En cuanto al *ius distrahendi*, este es considerado inherente al derecho real y se encuentra vinculado a la preferencia, pues el acreedor tiene derecho a pedir la venta judicial del bien dado en garantía para la satisfacción de su crédito. Se vera más claramente reflejado en la acción hipotecaria.

VII. La ejecución hipotecaria

7.1 La acumulación de acciones del acreedor ejecutante

7.1.1 Acción personal

Entiéndase por acción personal aquella que el acreedor puede interponer contra su deudor cuando es titular de un derecho de crédito, pero que no está garantizado con una garantía real como la hipoteca, en este caso el acreedor puede acudir a la instancia judicial en un proceso de ejecución ordinario, para que sean perseguidos los bienes que posea el deudor y sea satisfecho el crédito del acreedor de manera forzosa, pero no podrá dirigirse contra los bienes que hayan salido del patrimonio del deudor⁸⁷. La acción personal tiene su base en el Art. 2488 C.C. Persecución universal de bienes. *“Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros”*.

Sentencia de la Corte Constitucional C-192/96⁸⁸ “El acreedor hipotecario tiene dos acciones, cuando el crédito garantizado con la hipoteca se hace exigible, para cobrarlo judicialmente: una acción personal, originada en el derecho de crédito, contra el deudor de éste; otra, real, nacida de la hipoteca, contra el dueño del bien hipotecado”.

Hay que distinguir, según sea el dueño del bien hipotecado el mismo deudor o un tercero. “En el primer caso, podrá ejercer contra ese deudor que es al mismo tiempo el dueño actual de la cosa hipotecada, la acción real solamente, o ésta y la acción personal”.

“En el segundo caso, contra el actual dueño sólo podrá ejercer la acción real nacida de la hipoteca; y contra el deudor, sólo la acción personal originada en el crédito exigible. Y si quiere ejercerlas ambas en el mismo proceso, contra el dueño actual del bien hipotecado y contra el deudor, podrá hacerlo, pero se seguirá el procedimiento del proceso ejecutivo singular, como lo prevé el último inciso del artículo 468 del CGP”.

"Cuando la persona del deudor, esto es, el sujeto pasivo de la obligación garantizada con hipoteca es la misma propietaria del inmueble sobre el que recae el gravamen, frente a

⁸⁷ Artículo 2488 C.C. Persecución universal de bienes. *“Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677”*.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-192/96. De 8 de mayo de 1996. Magistrado Ponente. Jorge ARANGO MEJIA. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-192-96.htm>

ella tiene el acreedor doble garantía: una, de tipo personal, consistente en que el patrimonio de aquélla es prenda general de cualquier acreedor; y otra, ya de linaje real, consistente en que el bien raíz hipotecado está prioritaria y directamente afectado al pago de su acreencia. Garantías ambas que las puede ejercitar separada o conjuntamente; la personal y la conjunta por los lineamientos del proceso ejecutivo y la real por los del ejecutivo con título hipotecario o prendario”.

7.1.2 Acción hipotecaria

La hipoteca es un contrato de gran importancia en las relaciones jurídicas, pues de ella se deriva la acción hipotecaria que no es más que, el derecho que tiene el acreedor de perseguir judicialmente la cosa dada en hipoteca, no hay que olvidar que es siempre un bien inmueble, una casa, un local, un apartamento, un terreno, una finca etc.

A través de la acción hipotecaria el acreedor hipotecario podrá perseguir la cosa hipotecada en manos de quien la posea no importando el título por medio del cual la haya adquirido, a menos que se haya adquirido a través de pública subasta ordenada por un juez, pero dicha subasta debió hacerse con citación personal y con emplazamiento de los acreedores que tengan constituida hipoteca sobre el bien rematado. Sólo así se podrá proponer esto como excepción a la acción hipotecaria.

- ¿En qué consiste la acción hipotecaria?: La hipoteca es una garantía que se constituye a favor del acreedor de una obligación sobre un bien inmueble, y en caso de que el deudor no cumpla con la obligación, el acreedor puede iniciar una acción hipotecaria, es decir, se puede iniciar un proceso ejecutivo con título hipotecario⁸⁹.

Con la acción hipotecaria se busca que la obligación sea cancelada con el remate del bien inmueble hipotecado, pero también puede darse el caso en que el acreedor pida que se le adjudique el bien, lo cual puede hacerse; presentándose esta situación pueden darse dos casos:

1. Que el precio del bien sea inferior al valor del crédito y de las costas, en este caso se adjudicara el bien por dicha suma.

⁸⁹ Zambrano Mutis, A. M. (2017). “*en que consiste la acción hipotecaria*”. Disponible en: <https://www.gerencie.com/en-que-consiste-la-accion-hipotecaria.html>

2. Que el valor del bien sea superior al crédito y a las costas, aquí también se adjudicará el bien al acreedor, pero este debe consignar la diferencia a orden del juzgado, para lo cual se le da un término de tres (3) días, si la consignación se realiza en el término se le adjudicará el bien, si él acreedor no realiza oportunamente la consignación se procederá como lo dispone el inciso final del art. 453 CGP⁹⁰. Según lo preceptuado en el art. 467.5 CGP.

- ¿Puede el deudor de la obligación recuperar el bien inmueble hipotecado, aun cuando lo ha abandonado en manos del acreedor?: Sí puede recuperar el bien, pero siempre y cuando este no haya sido adjudicado, se recupera pagando la cantidad a que fuere obligada la finca, según lo establecido en el art. 2450 del C. C., *“El dueño de la finca perseguida por el acreedor hipotecario, podrá abandonársela y mientras no se haya consumado la adjudicación, podrá también recobrarla, pagando la cantidad a que fuere obligada la finca, y además de las costas y gastos que este abandono hubiere causado al acreedor”*.

De todo lo anterior se deduce que siendo la hipoteca un contrato accesorio que depende de uno principal, la hipoteca es la garantía de que la obligación principal se cumpla, y en el caso de que el deudor incumpla su obligación de pagar la suma de dinero, el acreedor puede iniciar una acción hipotecaria para que se le pague la obligación con el dinero obtenido en la venta del bien en pública subasta o en su defecto solicitar que le sea adjudicado.

7.1.3 El proceso de ejecución hipotecaria

El proceso ejecutivo es una vía procesal, en la que se acude al juez no para pedirle que adopte una declaración como ocurre en un proceso declarativo, sino para que ese juez busque los mecanismos para satisfacer un derecho que es cierto e indiscutible, esto es, no acude para pedirle al juez que le declare un derecho, sino para que obligue a la contraparte a satisfacer ese derecho que tiene el demandante.

⁹⁰ Artículo 453. CGP. Inciso final. “Si quien remató por cuenta del crédito no presenta oportunamente los comprobantes de consignación del saldo del precio del remate y del impuesto de remate, se cancelará dicho crédito en el equivalente al veinte por ciento (20%) del avalúo de los bienes por los cuales hizo postura; si fuere el caso, por auto que no tendrá recurso, se decretará la extinción del crédito del rematante”.

La Ley 1564 de 2012⁹¹, o Código General del Proceso es el encargado de regular la actividad procesal en asuntos civiles y otras materias, al proceso ejecutivo dedica su sección segunda título único, artículos del 422 al 472.

El artículo 422 establece que *“pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial...”*.

Antes de la vigencia del Código General del Proceso, (en el antiguo Código de Procedimiento Civil), existía una división entre proceso ejecutivo singular quirografario, proceso ejecutivo singular con garantía real, o proceso ejecutivo mixto, ahora hay una sola forma procesal que debe adoptarse en cualquier proceso ejecutivo⁹², pero se han mantenido unas disposiciones especiales para cuando ese proceso ejecutivo hace referencia a un proceso ejecutivo con garantía real hipotecaria o prendaria⁹³.

El acreedor hipotecario en virtud de los arts. 467 y 468 CGP podrá: A) solicitar el pago de la obligación en dinero o B) podrá demandar desde el principio la adjudicación del inmueble hipotecado.

A) El artículo 468 del citado CGP., establece las disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real, y pone de manifiesto que cuando el acreedor persiga el pago de una obligación en dinero, exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, se tendrán en cuenta el cumplimiento de las siguientes reglas:

a) La demanda además de cumplir los requisitos de toda demanda ejecutiva⁹⁴, deberá indicar los bienes objeto de gravamen.

⁹¹ Ley 1564 de 2012 de 12 de Julio, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Disponible en : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#TÍTULOPRELIMINAR

⁹² Así, por ejemplo, y aun cuando todavía se mantienen algunas diferencias con el ejecutivo con título quirografario, en una y otra clase de ejecuciones el término para excepcionar será el mismo, es decir, diez días. Igualmente, por regla general, no será necesario prestar caución para el decreto y práctica de medidas cautelares, y, en cuanto al procedimiento propiamente dicho, será idéntico para las dos clases de ejecuciones: una primera fase de *litiscontestatio* que seguirá siendo escrita, y una segunda en la que se implementará la oralidad mediante la evacuación de dos audiencias: la inicial y la de instrucción y juzgamiento.

⁹³ Introducción al Código General del Proceso. Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos.

Ramiro BEJARANO GUZMÁN <https://www.youtube.com/watch?v=ISG98Sv6Z6Q>

⁹⁴ El artículo 82 del CGP, establece los requisitos que debe reunir toda demanda que promueva un proceso.

b) La demanda debe ir acompañada del pagaré que es el documento que presta mérito ejecutivo y que consecuentemente permitirá el cobro de la obligación. No sirve copia, debe ser el original. Y también de la escritura de constitución de hipoteca.

c) La demanda debe dirigirse contra el actual propietario del inmueble.

En el momento de presentar la demanda, el demandante pide o formula una ejecución de obligación de pagar suma de dinero, debe reflejarse de forma clara lo que se adeuda por concepto de capital y por intereses. El juez librará mandamiento de pago, esto es, ordena al ejecutado que pague lo que debe dentro de los diez días siguientes, el rumbo que tomará el proceso dependerá de si éste paga o no paga. Haciéndose evidente que, si una vez es requerido de pago, realiza el mismo, no será necesario el proceso de ejecución propiamente dicho. En caso de que no realice el pago de forma voluntaria, el proceso se desarrollará como se indica a continuación.

Embargo y secuestro. El art. 468.2 del CGP establece que simultáneamente con el mandamiento ejecutivo y sin necesidad de caución, el juez decretará el embargo y secuestro del bien hipotecado o dado en prenda, que se persiga en la demanda. El registrador deberá inscribir el embargo, aunque el demandado haya dejado de ser propietario del bien, acreditado el embargo, si el bien ya no pertenece al demandado, el juez de oficio tendrá como sustituto al actual propietario a quien se le notificará el mandamiento de pago. En este proceso no habrá lugar a reducción de embargos ni al beneficio de competencia.

Orden de seguir adelante la ejecución. Si no se proponen excepciones y se hubiere practicado el embargo de los bienes gravados con hipoteca o prenda, o el ejecutado hubiere prestado caución para evitarlo o levantarlo, se ordenará seguir adelante la ejecución para que con el producto de ellos se pague al demandante el crédito y las costas.

El secuestro de los bienes inmuebles no será necesario para ordenar seguir adelante la ejecución, pero sí para practicar el avalúo y señalar la fecha del remate. Cuando no se pueda efectuar el secuestro por oposición de poseedor, o se levante por el mismo motivo, se aplicará lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 596⁹⁵, sin que sea necesario reformar la demanda.

⁹⁵ Persecución de derechos sobre el bien cuyo secuestro se levanta. Levantado el secuestro de bienes muebles no sujetos a registro quedará insubsistente el embargo. Si se trata de bienes sujetos a aquel embargados en proceso de ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto favorable

Intervención de terceros acreedores. En el mandamiento ejecutivo se ordenará la citación de los terceros acreedores que, conforme a los certificados del registrador acompañados a la demanda, aparezca que tienen a su favor hipoteca o prenda sobre los mismos bienes, para que en el término de diez (10) días contados desde su respectiva notificación hagan valer sus créditos, sean o no exigibles. La citación se hará mediante notificación personal y si se designa curador *ad litem* el plazo para que esté presente la demanda será de diez (10) días a partir de su notificación.

Citados los terceros acreedores, todas las demandas presentadas en tiempo se tramitarán conjuntamente con la inicial, y el juez librará un solo mandamiento ejecutivo para las que cumplan los requisitos necesarios para ello; respecto de las que no los cumplan se proferirán por separado los correspondientes autos. En la providencia que ordene seguir adelante la ejecución se fijará el orden de preferencia de los distintos créditos y se condenará al deudor en las costas causadas en interés general de los acreedores y en las propias de cada uno, que se liquidarán conjuntamente.

Vencido el término para que concurran los acreedores citados, se adelantará el proceso hasta su terminación. Si hecho el pago al demandante y a los acreedores que concurrieron sobrare dinero, se retendrá el saldo a fin de que sobre él puedan hacer valer sus créditos los que no hubieren concurrido, mediante proceso ejecutivo que se tramitará a continuación, en el mismo expediente, y deberá iniciarse dentro de los treinta (30) días siguientes al mencionado pago, vencidos los cuales se entregará al ejecutado dicho saldo.

Remate de bienes. El acreedor con hipoteca de primer grado podrá hacer postura con base en la liquidación de su crédito; si quien lo hace es un acreedor hipotecario de segundo grado, requerirá la autorización de aquel y así sucesivamente los demás acreedores hipotecarios.

Si el precio del bien fuere inferior al valor del crédito y las costas, se adjudicará el bien por dicha suma; si fuere superior, el juez dispondrá que el acreedor consigne a orden del juzgado la diferencia con la última liquidación aprobada del crédito, y de las costas si las hubiere, en el término de tres (3) días, caso en el cual aprobará el remate. Si el acreedor

al opositor, que levante el secuestro, o se abstenga de practicarlo en razón de la oposición, podrá el interesado expresar que insiste en perseguir los derechos que tenga el demandado en ellos, caso en el cual se practicará el correspondiente avalúo; de lo contrario se levantará el embargo.

no realiza oportunamente la consignación se procederá como lo dispone el inciso final del art. 453 CGP.

Cuando a pesar del remate o de la adjudicación del bien la obligación no se extinga, el acreedor podrá perseguir otros bienes del ejecutado, sin necesidad de prestar caución, siempre y cuando este sea el deudor de la obligación.

B) En cuanto a la adjudicación o realización especial de la garantía, el trámite del proceso se hará como indica el primer inciso del artículo 467 del CGP *“el acreedor hipotecario o prendario podrá demandar desde un principio la adjudicación del bien hipotecado o prendado, para el pago total o parcial de la obligación garantizada, y solicitar en subsidio que, si el propietario demandado se opone a través de excepciones de mérito, la ejecución recibirá un trámite especial”*⁹⁶.

El juez librará mandamiento ejecutivo y prevendrá al demandado sobre la pretensión de adjudicación, así mismo, decretará el embargo del bien hipotecado y, en el caso de los bienes prendados, su embargo y secuestro.

En los diez días siguientes a la comunicación anterior, el deudor podrá presentar excepciones de mérito, objetar el avalúo, objetar la liquidación, o solicitar que antes de la adjudicación se someta el bien a subasta, en este último caso, se realizara subasta y de no presentarse proponentes la adjudicación, se hará por el noventa por ciento (90%) del avalúo.

Toda adjudicación hecha por un valor inferior será ineficaz. Si no se proponen excepciones, oposiciones, ni objeciones, ni petición de remate previo, el juez adjudicará el bien al acreedor mediante auto, por un valor equivalente al 90% del avalúo establecido.

Art. 467.5 CGP. Si el valor de adjudicación del bien es superior al monto del crédito, el acreedor deberá consignar la diferencia a órdenes del juzgado respectivo dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del plazo para presentar oposición, si esta no se formula, o a la providencia que la decida. Si el acreedor no realiza oportunamente la consignación se procederá como lo dispone el inciso final del artículo 453 CGP.

⁹⁶ El trámite consagrado en el artículo 468 del Código General del Proceso.

El art. 467.6 CGP establece: “A este trámite no se puede acudir cuando no se conozca el domicilio del propietario o su paradero, ni cuando el bien se encuentre embargado, o existan acreedores con garantía real de mejor derecho”.

Las principales razones de la adición de este proceso consisten, por un lado, en el deseo del legislador de descongestionar los despachos judiciales al incluir un mecanismo más rápido y expedito que el simple proceso ejecutivo para el pago de la obligación, en el que se faculta al juez a adjudicar al acreedor el bien objeto de la garantía del contrato. Por otro lado, pretende dar ventajas tanto al acreedor como al deudor para el pago efectivo de la obligación⁹⁷.

Al acreedor, pues le da la posibilidad de iniciar la demanda y obtener el pago en un menor tiempo con la adjudicación, así como también, de obtener una mayor cobertura de la deuda al existir un tope del 90% del valor total del bien. Y en el mismo sentido, el deudor tendrá mayor capital para cubrir su deuda, sin contar con que no se le aumenta por los intereses, y el acreedor debe reconocerle el excedente de esa deuda.

Por supuesto, el procedimiento de realización especial de la garantía es una respuesta a la lentitud del proceso hipotecario, y a la necesidad de beneficiar a los acreedores del sistema financiero puesto que, con la disminución notable de las bajas de interés en Colombia a partir de 1999 y con las prohibiciones claras de anatocismo o capitalización de intereses, a los acreedores ya no les convienen tardanzas en la ejecución⁹⁸.

Muchas voces afirman que las reformas que se han implementado en el proceso hipotecario y prendario muestran un claro interés en favorecer a los que profesionalmente se dedican a prestar dinero con este tipo de garantías, entendiendo claro está, que tras de este tipo de actividad, hay todo un interés nacional compatible con el capitalismo como motor de la economía nacional.

A modo de conclusión, las modificaciones legislativas que se han implementado en los últimos diez (10) años al proceso civil colombiano, dan cuenta de un fenómeno en virtud

⁹⁷ RAMIRO BEJARANO. El Proceso ejecutivo II. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=LRbhmbnGKgg>

⁹⁸ “Los litigantes frecuentes en la justicia civil son las entidades financieras, que movilizan el sistema judicial para el cobro de deudas originadas en operaciones de crédito. Se trata de entidades que inician numerosos procesos en los que se reclaman cantidades de dinero relativamente pequeñas. Estas empresas son principalmente bancos (46 %), corporaciones de ahorro y vivienda (18 %) y compañías de financiamiento comercial (17 %) que, en el desarrollo normal de sus actividades de crédito, utilizan los juzgados como medio de recuperación de cartera”. RODRÍGUEZ GARAVITO, César., loc. cit. Pág. 589.

del cual, el procedimiento o los ritos procesales están determinados por la necesidad socioeconómica del estado. En esencia, el proceso no es sólo un instrumento puro de resolución de conflictos intersubjetivos de intereses, sino que es un factor de cambio social, es más, se le manipula según los vaivenes de la economía para producir efectos de estímulo y desestímulo de ciertas actividades económicas⁹⁹.

En el mismo orden de ideas, puede afirmarse que las modificaciones legislativas al proceso ejecutivo con título hipotecario y el surgimiento del proceso de realización especial de la garantía, buscan devolver confianza al sector financiero para que presten dinero a los colombianos que quieran adquirir vivienda propia o financiar sus negocios con créditos hipotecarios.

En el proceso ejecutivo hay una demanda con unas características muy particulares, que son muy diferentes a otros procesos en el sistema judicial colombiano. Cuando hablamos de demanda en el proceso ejecutivo hay una característica principal, en cualquier demanda en Colombia que no sea ejecutiva, se notifica a la parte demandada para que ella ejerza su proceso de defensa, pero en el proceso ejecutivo no sucede eso, en este se pide directamente las medidas cautelares de embargo y secuestro y el juez emite un mandamiento de pago.

El proceso de ejecución hipotecaria es claramente, la última línea de actuación que tiene el acreedor bien sea este una entidad financiera o una persona particular para hacer efectivo el pago de una obligación del deudor, por tanto, el acreedor puede hacer valer sus derechos acudiendo a la justicia mediante el proceso ejecutivo, con esto se busca dar protección a los derechos crediticios de los acreedores¹⁰⁰.

Es digamos la última línea de defensa a la que acuden los acreedores cuando se agotan las demás instancias de cobro, es un proceso judicial que tiene como finalidad ejecutar una obligación que consta de un título valor bien sea un pararé, letra de cambio u otros.

7.1.4 La dación en pago

La Dación en pago es una figura jurídica que no se encuentra tipificada como tal en la legislación civil colombiana; sin embargo, es una forma de extinguir las obligaciones,

⁹⁹ Cambios en el proceso civil como reflejo de las necesidades económicas colombianas. Semillero de estudios procesales. Escuela de Derecho EAFIT. Págs. 4- 11. Disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/>

¹⁰⁰ El Proceso Ejecutivo. Código General del Proceso, por el doctor. Marco Antonio ÁLVAREZ GÓMEZ. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=aWdpfNoRP68>

que se ha venido constituyendo en una forma de pago extraordinaria en el caso de créditos hipotecarios para vivienda, tal como lo ha establecido el artículo 14 del decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998¹⁰¹ y el artículo 3 del Decreto 908 de 1999 del 25 de mayo de 1999¹⁰², cuando disponen que, en el peor de los casos, el deudor puede solicitar que el inmueble le sea recibido en calidad de pago de un crédito hipotecario, para saldar la deuda pendiente, y para el banco o entidad financiera es obligatorio aceptar la dación en pago¹⁰³.

La Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-136/99, sobre la norma en cuestión, he indicó que la norma es exequible “en el entendido de que las entidades financieras a las que el deudor formule solicitud de dación en pago, en la hipótesis de la norma, están obligadas a aceptarla”¹⁰⁴.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁰⁵, reconoce la posibilidad de que los establecimientos de crédito y las sociedades de servicios financieros adquieran y posean, entre otros, los bienes raíces “que le sean traspasados en pago de deudas previamente contraídas en el curso de sus negocios, cuando no exista otro procedimiento razonable para su cancelación” (art. 110.6.b.), con la obligación de venderlos “dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de compra o adquisición, excepto cuando la Superintendencia Bancaria, a solicitud de la junta directiva, haya ampliado el plazo para ejecutar la venta, pero tal ampliación no podrá exceder en ningún caso de dos años” (art. 110.6.c.).

En condiciones normales, el negocio jurídico de que se trata es un acto sujeto a la voluntad de los contratantes, lo que supone necesariamente que las condiciones que lo rigen son establecidas previo acuerdo de las partes del respectivo convenio, aspecto en cuyos desarrollos no le es dable intervenir a la autoridad de supervisión.

¹⁰¹ Artículo 14. Decreto 2331 de 1998. De 16 de noviembre. Por el cual se dictan medidas tendientes a resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación, mediante la creación de mecanismos institucionales y de financiación y la adopción de disposiciones complementarias. “cuando el valor de la deuda de un crédito hipotecario para vivienda supere el valor comercial del inmueble, el deudor podrá solicitar que dicho inmueble le sea recibido en pago para cancelar la totalidad de lo adeudado”.

¹⁰² Artículo 3°. Decreto 908 de 1999. De 25 de mayo. Por el cual se reglamenta el artículo 14 del Decreto 2331 de 1998. “La oferta de dación en pago que, en los términos del artículo 1° del presente decreto, realice el deudor de un crédito hipotecario para vivienda, es obligatoria para el establecimiento de crédito, el cual no podrá rechazarla, ni exigir al deudor pago adicional por ningún otro concepto”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0908_1999.html

¹⁰³ Que es la Dación en Pago. Disponible en: <https://www.notaria19bogota.com/la-dacion-en-pago/>

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-136/99. De 4 de marzo de 1999. Magistrado Ponente. José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO.

¹⁰⁵ Decreto Ley 663 de 1993. De 5 de abril de 1993. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html

No obstante, en el escenario de la emergencia económica que se produjo en Colombia fruto de la crisis de finales de los años noventa, ya referida en un capítulo anterior, señala el artículo 3° del Decreto 908 de 1999, reglamentario del artículo 14 del Decreto 2331 de 1998, que *“La oferta de dación en pago que, en los términos del artículo 1° del presente decreto, realice el deudor de un crédito hipotecario para vivienda es obligatoria para el establecimiento de crédito, el cual no podrá rechazarla, ni exigir al deudor pago adicional por ningún otro concepto”*.

Desde entonces, la dación en pago viene siendo una figura muy utilizada en Colombia para cuando los deudores hipotecarios no pueden hacer frente a sus obligaciones, esto a su vez a influido de forma negativa en la concesión de créditos hipotecarios, porque se mira con mucho más detalle la capacidad económica de los potenciales deudores, ya que lo que le interesa a las entidades financieras es el rendimiento económico que ofrecen este tipo de operaciones y no la tenencia de inmuebles como forma de pago. Esto último, fue lo que llevo a un gran número de entidades bancarias a la quiebra en la crisis de finales de los noventa.

La Superintendencia Financiera de Colombia, ha conceptualizado que la dación en pago se explica universalmente como un medio jurídico para extinguir las obligaciones, figura bastante frecuente en la práctica que no ha sido regulada expresamente por la ley civil, ni en su naturaleza, ni en sus efectos. Así, si bien no hay ley aplicable al caso, en esta materia prevalece el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Tomando como referencia lo que opina la doctrina colombiana, en esta ocasión estamos en presencia de una “modalidad de pago que consiste en que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, soluciona la obligación con una prestación distinta de la debida¹⁰⁶. Esta figura jurídica, atípica en nuestra legislación, se integra en la preceptiva del pago en general, modo extintivo de las obligaciones, y repugna su asimilación a otras figuras contractuales que, como tales, tienen por objeto contrario la producción de nuevas obligaciones”.

Por ser una figura atípica, tienden a confundirla frecuentemente con la Novación, la cual es un modo de extinguir las obligaciones, que se encuentra regulada en los artículos 1687 al 1710 del Código Civil colombiano, y consiste en cambiar una obligación por otra nueva

¹⁰⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, G. *“Régimen General de las Obligaciones”*. Editorial, Temis. Bogotá. 1994. Págs. 386-394.

que extingue la primera; mientras que la dación en pago consiste en el reemplazo del objeto de la obligación, con el fin de obtener la extinción de todo o de una parte de la obligación.

La novación extingue la obligación primaria que es cambiada por una nueva, según lo señalan las tres formas de novar consagradas por el C.C. en su Artículo 1690, los cuales son: sustituir la deuda con el mismo acreedor, cuando el deudor adquiere una nueva deuda con un tercero, o cuando el acreedor tiene un nuevo deudor.

Por tanto, la dación en pago y la novación, son dos modos de extinguir las obligaciones. Se parecen en que en ambas se requiere la voluntad expresa del acreedor y la capacidad de disposición.

Para que la dación en pago tenga plena validez, se requiere seguir las reglas que le son propias a los bienes que se van a transferir, en el caso de un crédito garantizado con hipoteca, el otorgamiento debe hacerse por escritura pública que haga las veces de carta de pago de la obligación garantizada, y deje sin efecto el título ejecutivo del acreedor hipotecario, dicha escritura debe registrarse en la respectiva oficina de registro.

La característica destacable de la dación en pago, es el consentimiento de las partes, y sobre ello puede decirse que “la dación en pago propiamente dicha sólo se da cuando el acreedor y el deudor (o quien pague por este) convienen, aquel en recibir lo que no está obligado a recibir, y este en cumplir una prestación que no debe, o sea, cuando ellos unánimemente convienen en derogar el principio legal de que *“el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”*. (art. 1627 C.C.). Art. 540 del CGP, *“En la propuesta de negociación de deudas, el deudor podrá incluir daciones en pago con bienes propios para extinguir total o parcialmente una o varias de sus obligaciones”*.

Se puede concluir, que a un acreedor no se le puede obligar a recibir en dación en pago una prestación distinta a la pactada inicialmente en el contrato principal. Pero nada obsta para que las partes lo acuerden de manera voluntaria una vez se produzca el incumplimiento de la obligación. Pero en el caso de las entidades financieras el caso es distinto, puesto que, si el deudor de un crédito sobre su vivienda, solicita esta figura como medio de extinción de su crédito hipotecario, la entidad financiera (banco), tiene la obligación de aceptarla.

La Dación en pago es la “Datio in solutum” del derecho romano, consistente en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor mediante la entrega al acreedor de un bien o una cosa diferente a la originalmente pactada, o en lugar del servicio que se debiera prestar.

El tratamiento que se hace en España de la figura de dación en pago es de reciente creación, comparado con el de Colombia, tiene su origen en el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. El cual se dictó en plena crisis económica. Siguiendo a DE PABLO CONTRERAS¹⁰⁷. “tratando de atender a las lamentables consecuencias que tenía en ese momento la aplicación de las reglas por las que se rige la ejecución hipotecaria, pero su contenido normativo se limitó a determinar las condiciones que habían de reunir los deudores para considerarles “*situados en el umbral de exclusión*” (art. 3); este es el requisito que deben cumplir para poder ser beneficiarios del Código de Buenas Prácticas incluido en su Anexo. Pero como indica el art. 5.1 éste “*será de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios*”. Esto es, para que el mismo les sea aplicable es necesario que el acreedor hipotecario así lo haya decidido.

Para que un deudor de un crédito hipotecario sobre su vivienda habitual pueda solicitar la dación en pago, debe cumplir los requisitos para situarse en el umbral de exclusión del artículo 3 del mencionado Real Decreto. El cual exige en lo sustancial: que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar (que no ha de sobrepasar la cuantía que determina la misma norma), o del 40 por cien si uno de ellos tiene declarada una discapacidad superior al 33 por cien, que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes, con los que hacer frente a la deuda, y que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca, que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

De todas las medidas que contempla el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, la única que libera por completo al deudor es la dación en pago de su vivienda habitual, si cumple con los requisitos del art.3, y no siendo viable la reestructuración de su deuda. “*la entidad*

¹⁰⁷ DE PABLO CONTRERAS, P., loc. cit, Pág. 59.

estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o a un tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda”, tal como indica el art 3.a del Anexo (Código de Buenas Prácticas).

Lo que se puede sacar en claro de la figura de dación en pago es que sin duda puede suponer y supone un alivio para el deudor que tiene la desgracia de caer en una situación económica ruinosa, puesto que agobiado por las deudas a las que no puede hacer frente, puede renunciar a su vivienda para por lo menos aliviar parte de su presión económica, y evitar así una ejecución hipotecaria que puede hacer más gravosa su situación, pues no siendo suficiente con ser despojado de su vivienda, en muchos casos debe seguir respondiendo por una deuda sobre la misma en virtud del art. 1911 C.C.

Es llamativo que la figura de la dación en pago se torne necesaria para el legislador sobre todo en épocas de crisis económicas, pues bien sabido es, la no poca relevancia que tendría incluir esta figura en el ordenamiento jurídico con carácter imperativo, y no solo como válvula de escape en situaciones límite de colapso económico, sin duda lo que hay detrás de no legislar de forma adecuada esta figura es todo un interés político y financiero, puesto que los bancos podrían restringir mucho los créditos hipotecarios si son obligados con carácter general a recibir los inmuebles hipotecados como dación en pago, en caso de que los deudores incumplan sus obligaciones crediticias.

Por tanto, el panorama cercano que se puede apreciar es que la dación en pago seguirá funcionando como un negocio jurídico, acordado entre deudor y acreedor de manera voluntaria constituyendo un medio bilateral de pago, en el que el acreedor reciba como cancelación total o parcial, una prestación distinta a la originalmente pactada. Con la nota característica que, si se trata de una ejecución hipotecaria por vivienda habitual y las entidades bancarias están adheridas al código de buenas prácticas, cumpliendo el deudor con los requisitos de demostrar encontrarse en una situación penosa, entonces para la entidad financiera será de obligado cumplimiento aceptar la dación en pago, por lo menos mientras no se les ocurra dejar sin vigencia la norma que lo estipula, por entender que el mercado vuelve a funcionar de manera adecuada.

VIII. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he ido descubriendo, analizando y comprendiendo la magnitud que tiene la figura de la hipoteca en el ordenamiento jurídico colombiano. Me he dado cuenta de que es una figura universalmente dotada de una serie de características que la convierten de manera indiscutible en la máxima garantía de una obligación crediticia, sin importar el ordenamiento jurídico al que hagamos referencia. Cumple una función económica y social más que evidente, pues hace posible que un gran número de población adquiera una vivienda en propiedad, ya que de lo contrario pocas personas podrían adquirir un inmueble por el elevado costo que suelen tener. Genera a su vez un movimiento económico necesario para el correcto funcionamiento del modelo económico actual, pues gracias a la hipoteca y al préstamo con garantía hipotecaria se pone en circulación un gran volumen de capital, que puede ser destinado a la compra de bienes y servicios necesarios para las economías domésticas.

La hipoteca en el derecho colombiano se concibe como un derecho real de garantía, accesorio, dotado de una oponibilidad *erga omnes*. Es indivisible y confiere al acreedor los derechos de persecución y preferencia, que se traducen en la facultad para cobrar su deuda en el supuesto de que el deudor incumpla con la obligación de pagar el crédito, pudiendo acudir a la instancia judicial e interponer la acción hipotecaria. En tal caso se ordenará la venta del inmueble en pública subasta y cobrará su crédito de forma preferente si se diera la concurrencia de otros acreedores.

Para la correcta constitución del contrato de hipoteca, deben cumplirse dos requisitos solemnes: el primero es que necesariamente debe constituirse mediante escritura pública, y el segundo es la inscripción de dicha escritura en el registro de instrumentos públicos del lugar donde radique el inmueble. La concurrencia de estos dos requisitos son condición *sine qua non* para que la hipoteca despliegue todos los efectos civiles.

Mediante el estudio de la hipoteca en el contexto del derecho colombiano se percibe que el crédito hipotecario parece estar reservado para algunos pocos “privilegiados”. La sociedad demanda que se revisen las restricciones a este tipo de crédito y se creen más líneas de financiación a las que puedan acceder los sectores con menos capacidad económica. Uno de los motivos que explican la escasez y el alto precio del financiamiento

hipotecario en Colombia son los elevados niveles de riesgo en la recuperación de las garantías que deben enfrentar los acreedores.

He dirigido la atención al proceso de ejecución hipotecaria, pues es la cara menos amable del contrato de hipoteca, pero es a su vez una posibilidad latente desde el mismo instante en el que se constituye. Lo que sucede es que al adquirir un inmueble nadie suele pensar en este otro escenario, se da por sentado que la situación de bonanza de la que se disfruta en el momento de adquisición va a perdurar en el tiempo. Esta excesiva confianza lleva al sobreendeudamiento de muchas economías individuales y familiares. Si algo nos han enseñado las últimas crisis económicas y lo que está sucediendo en la actualidad, es que la economía es cambiante y tiende a reajustarse de manera automática (mediante crisis económicas), cada cierto periodo de tiempo. Y este es un problema sistémico que no puede ser resuelto por algún político carismático.

Después de analizar el proceso de ejecución hipotecaria, he llegado a la conclusión de que independientemente del país al que hagamos referencia, es un trámite que causa un gran nivel de estrés y desasosiego en los que tienen en el infortunio de vivirlo. La hipoteca tiene una dualidad que resulta en si misma irónica. Por un lado, es el medio con el que gran número de personas acceden a la propiedad de una vivienda, generando esto a las entidades financieras operaciones muy redituables. La otra parte es que en situaciones de impagos generalizados (fruto de las crisis), numerosas familias se ven despojadas de lo que consideraban su hogar y algunas entidades financieras terminan en la quiebra, fusionadas por otras entidades más sólidas o rescatadas por el gobierno.

En cuanto a la dación en pago, resulta llamativo que el legislador adopte medidas para intentar proteger a los deudores más desfavorecidos justo cuando las crisis llegan a su punto más álgido. Es en esta situación cuando intentan solventar de manera circunstancial el caos económico, haciéndola aplicable sólo a deudores de créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual que además demuestren estar en situaciones realmente límite. Pero esta figura no termina de ser regulada con carácter imperativo, sin duda porque existe un gran interés político y financiero, posiblemente por las restricciones al acceso del crédito hipotecario que dicha regulación podría generar.

Lo que está sucediendo actualmente es preocupante, pues cuando la economía empezaba a mostrar signos de recuperación de las secuelas que dejó la crisis del 2008, de repente sucede el parón económico fruto del coronavirus y los bancos centrales del mundo están

inundando el sistema con dinero barato. Pero esto no están ayudando a los pobres y a la clase media; la gente ya no puede obtener más préstamos, lo que se traduce en que este sector de la población pierde acceso al dinero del sistema.

Las personas tienden a pensar que al comprar una vivienda esta subirá constantemente de valor, pero esto no siempre es así, y es por esta razón que en época de crisis económicas los créditos hipotecarios son los que mayor número de impagos generan. Por tanto, habrá que esperar a lo que sucede en los próximos meses, porque es posible que se genere desgraciadamente una nueva avalancha de ejecuciones hipotecarias y daciones en pago, no sólo en Colombia sino a nivel mundial con mayor o menor grado de intensidad.



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ANEXO TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**LA HIPOTECA Y SU EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN DERECHO
COMPARADO COLOMBIANO**

ANGELICA M.^a OSORIO OSORIO

Tutor: PROF. DR. DE PABLO CONTRERAS, PEDRO V.

LOGROÑO

CURSO ACADEMICO 2019-2020

TABLA DE ABREVIATURAS

- Art: Artículo
- CC: Código Civil
- CP: Constitución Política
- CCo: Código de Comercio
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LH: Ley Hipotecaria
- SCC: Sentencia de la Corte Constitucional
- SCSJ: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia
- M.P: Magistrado Ponente
- CGP: Código General del Proceso
- Pág: Página
- Loc. Cit: En el lugar citado
- Ibíd: En el mismo lugar
- Cfr: Compárese con
- Vid: Véase
- BID: Banco Interamericano de Desarrollo
- UPAC: Unidad de Poder Adquisitivo Constante
- BCH: Banco Central Hipotecario
- PIB: Producto Interior Bruto

NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES

Normativa Colombiana

- Ley 84 de 1873 de 26 de mayo. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr075.html#2432
- Ley 1564/2012 de 12 de julio, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Ley 1579/2012 de 1 de octubre, por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1579_2012.html
- Ley 70 de 1931 de 28 de mayo, que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39265>
- Ley 91 de 1936 de 20 de abril, por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables, con criterio y fines de acción social. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1631649>
- Ley 3 de 1991 de 15 de enero, por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones. Disponible en: <http://www.minvivienda.gov.co/LeyesMinvivienda/0003%20-%201991.pdf>
- Ley 258 de 1996 de 17 de enero, por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0258_1996.html
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html#44
- Ley 546 de 1999 de 23 de diciembre, ley marco de vivienda. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0546_1999.html
- Ley 45 de 1990, por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones, 39.607 Diario Oficial, 19 de diciembre de 1990. Disponible en: http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0045_1990.htm

- Ley 09 de 1991 de 17 de enero, por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias, Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/paginas/LEY09DE1991CONHIPERVINCULOS-1.pdf>
- Ley 35 de 1993 de 5 de enero, por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0035_1993.html
- Decreto 410 de 1971 de 27 de marzo, por el cual se expide el Código de Comercio de Colombia. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Decreto 2330 de 1998 de 16 de noviembre, por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica y Social. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2330_1998.html
- Decreto 2331 de 1998 de 16 de noviembre, por medio del cual se dictaron medidas tendientes a resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación, mediante la creación de mecanismos institucionales y de financiación y la adopción de disposiciones complementarias. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2331_1998.html
- Decreto Ley 663 de 1993 de 2 de abril, por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html
- Decreto 908 de 1999 de 25 de mayo. Por el cual se reglamenta el artículo 14 del Decreto 2331 de 1998. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0908_1999.html

Normativa Española

- Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por la que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>
- Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-10074>
- Real Decreto Ley 1/2015 de 27 de febrero mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-2109
- Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-3394>

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- PÉREZ VIVES, Álvaro. “*Garantías civiles*”, segunda edición (1999). Editorial Temis. Bogotá.
- WEILL, A. “*Droit civil. Les biens*”. París, Dalloz, 1974.
- TAMAYO LOMBANA, A. “*Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*”, 5ª edición revisada, ampliada y actualizada. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia 2004.
- FLOUR, J Y AUBERT, J. L. “*Les obligations*”, vol. I, Paris, Armand Colin, 1975.
- BONIVENTO FERNANDEZ, J. L. (2000). “*Los principales contratos civiles y comerciales*”. Tomo II. Séptima edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

- DE PABLO CONTRERAS, Pedro. “Hipoteca, su Ejecución y Dación en Pago”. Editorial Aranzadi, SA. 2014. Navarra.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “*Curso de Derecho Civil, tomo III. Derechos Reales*”. Reimpresión actualiza de la 4ª. Edición 2014. Volumen coordinado por: Pedro de Pablo Contreras. Editorial. Edisofer. Madrid 2016.
- RODRÍGUEZ HERRERA, C. E., “*Patrimonio de Familia Inembargable y Afectación a Vivienda Familiar*”. Editorial. Ibáñez. Bogotá. 2019.
- ZABALA PÉREZ, Diego H., “*Derecho de Familia*”, México, Ed. Porrúa, 2008.
- GOODMAN, Paul, “The Emergence of Homestead Exemption in the United States: Accommodation and Resistance to the Market Revolution, 1840-1880”. *The Journal of American History*, Vol. 80, No. 2 (Sep 1993). Pág. 472.
- CUENA CASAS, M, «Vivienda habitual de la familia y Registro de la propiedad», Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa / coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, 2013, ISBN 978-84-9031-271-1, págs. 1263-1280.
- CUENA CASAS, M, “¿Una segunda oportunidad?”. El Notario del siglo XXI, “*La insolvencia de la persona física*”, en El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores, coordinado por A. Campuzano y E. Sanjuán, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 115 y ss.
- VALENCIA ZEA, Arturo. “*Derecho Civil De las Obligaciones, tomo III*”. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1988. Pág. 423.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G. “*Régimen General de las Obligaciones*”. Editorial, Temis. Bogotá. 1994. Págs. 386-394.
- ARROYO I AMAYUELAS, E, “*Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad*”, en El patrimonio familiar profesional y empresarial y sus protocolos, coordinado por M. Garrido Melero y JM Fugardo Estivill, Barcelona, 2005, pág. 629.

Contenido Multimedia con enlace HTML

Publicaciones Electrónicas

- MARTA CECILIA ANGARITA PINEDA. “*ponencia el sistema registral en Colombia*”. Disponible en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/CFAF70EB33741DEF052579BC0077075A/\\$FILE/sistema_registral_Colombia.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/CFAF70EB33741DEF052579BC0077075A/$FILE/sistema_registral_Colombia.pdf)

- MIGUEL URRUTIA MONTOYA & OLGA MARCELA NAMEN LEÓN, 2011. "Historia del Crédito Hipotecario en Colombia," Documentos CEDE 008729, Universidad de los Andes - CEDE.
- MIGUEL ARANGO, "Evolución y crisis del sistema financiero colombiano" (Serie Estudios y Perspectivas, 11, Ed. Cepal-Naciones Unidas, Bogotá, junio de 2006). Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4809/S0600444_es.pdf
- SERGIO CLAVIJO, ALEJANDRO VERA, MARÍA P. SALCEDO, JENNIFER CARVAJAL, ARTURO GALINDO & FRANCESCA CASTELLANI, "El crédito hipotecario en Colombia: Evaluación del impacto regulatorio pos-crisis". (Working paper, investigación realizada por ANIF (Asociación Nacional de Instituciones Financieras) para el BID (Banco Interamericano de Desarrollo), mayo de 2011). Disponible en: <http://anif.co/sites/default/files/uploads/Anif-BID0511.pdf>
- LEONARDO VILLAR-GÓMEZ, DAVID M. SALAMANCA-ROJAS & ANDRÉS MURCIA-PABÓN, "Crédito, represión financiera y flujos de capitales en Colombia: 1974-2003, 55 Desarrollo y Sociedad, Universidad de los Andes, 167-209 (2005)". Disponible en: http://www.researchgate.net/publication/4747000_Credito_represin_financiera_y_flujos_de_capitales_en_Colombia_1974-2003
- Sobre esta crisis, JUAN JOSÉ ECHAVARRÍA & MARÍA ANGÉLICA ARBELÁEZ, "Tasa de cambio y crecimiento económico" (2003). Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra338>. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/pdfs/borra338.pdf>
- "Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafin, Crisis financieras sistémicas en Colombia y contraste con el escenario actual", N.º 2 (marzo de 2012). Disponible en: <https://www.fogafin.gov.co/default/imagenes/file/Informacion%20al%20Ciudadano/Publicaciones/Crisis%20financieras%20sistemicas%20en%20Colombia%20y%20Contraste%20con%20el%20escenario%20actual>.
- JOSÉ DARÍO URIBE, Banco de la República, "Algunas lecciones relevantes aprendidas de la crisis financiera colombiana de 1998-1999". Disponible en: http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/jdu_may_2008.pdf
- JOSÉ EDUARDO GÓMEZ-GONZÁLEZ, LUISA SILVA, SERGIO RESTREPO & MAURICIO SALAZAR, "Flujos de capital y fragilidad financiera en Colombia, 30 Ensayos sobre Política Económica", 69, 67-109 (2012). Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01204483201200030003&lng=en&nrm=iso&tlng=es

- El Marco Conceptual para la Información Financiera del IASB ([Junta de Normas Internacionales de Contabilidad](#)), emitido el 1 de enero de 2012.
- FERNANDO GOMA, blog www.hayderecho.com
- Patrimonio de familia en Alemania. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Patrimonio de familia en Chile. Disponible en: <http://www.derecho-chile.cl/bienes-familiares/>
- AGUILAR LLANOS, Benjamín, “Patrimonio Familiar”, en: [ÁmbitoJurídico.com.br](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=667). Disponible en: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=667
- Flash Eurobarometer N.º 354, *Entrepreneurship in the EU and beyond*. Agosto 2012. Disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_354_sum_en.pdf
- CUENA CASAS, M, “*Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado*”. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/34807/1/Mecanismos%20protección%20publicado.pdf>
- CAMARA LAPUENTE, S, “Trust y patrimonios fiduciarios: acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación”, Diario La Ley núm. 76785, 2011.
- ZAMBRANO MUTIS, A. M, (2017). “*en que consiste la acción hipotecaria*”. Disponible en: <https://www.gerencie.com/en-que-consiste-la-accion-hipotecaria.html>
- BEJARANO GUZMÁN, R, “*Introducción al Código General del Proceso*”. Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ISG98Sv6Z6Q>
- Semillero de estudios procesales. Escuela de Derecho EAFIT. Disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/>
- ÁLVAREZ GÓMEZ, M. A, “*El Proceso Ejecutivo*”. Código General del Proceso, Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=aWdpfNoRP68>
- “*Que es la Dación en Pago*”. Disponible en: <https://www.notaria19bogota.com/la-dacion-en-pago/>

Jurisprudencia Colombiana

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 22 de octubre de 2008. Expediente T-11001-02-03-000-2008-01429-00.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 1 de julio de 2008. Expediente 2001-00803-01.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-317 de 2010. De 5 de mayo de 2010. Magistrado Ponente. Nelson PINILLA PINILLA disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-317-10.htm>.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-076/05. De 2 de febrero de 2005. M. P. Rodrigo ESCOBAR GIL. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-076-05.htm>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Civil. Sentencia. 0043301. De 25 de febrero de 2009. M. P. Pedro Octavio MUNAR CADENA. Disponible en: <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/sentencia-suprema-justicia-sala-civil-57725238>
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-107/17. De 22 febrero de 2017. M. P. Luis Ernesto VARGAS SILVA. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-107-17.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-560 de 2002. De 23 de julio. M. P. Jaime CORDOVA TRIVIÑO. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-560-02.htm>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 23302. De 29 de julio de 2005. M. P. Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO. Expediente. 110013103018-1993-20302-02.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-192/96. De 8 de mayo de 1996. M. P. Jorge ARANGO MEJIA. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-192-96.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-340/14. De 4 de junio de 2014. M.P. María Victoria CALLE CORREA. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-340-14.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-136/99. De 4 de marzo de 1999. M. P. José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-136-99.htm>